

# RU Start

5/25

Seiten 29–56

1. Jahrgang

ISSN 3052-0894

## Rechtsprechungsübersicht

## So bestehst Du Deine Klausur im Studium

### Zivilrecht

BGB AT, SchuldR BT	Der Salatblattfall – wenn VSD auf CIC trifft	S. 29
SchuldR BT	Toilettencontainer ohne Toilettenschüsseln sind mangelhaft	S. 33

### Strafrecht

StrafR BT 1	Der Dienstmützenfall – Zueignungsabsicht beim Diebstahl	S. 38
StrafR AT	Tötungsvorsatz bei Stoß aus zweitem Stock?	S. 43

### Öffentliches Recht

GrundR	Kein allgemeinpolitisches Mandat der ASTA	S. 47
StaatsorganisationsR	Neues Wahlrecht zum Deutschen Bundestag weitgehend verfassungskonform	S. 52

# Alles für Deinen Klausurerfolg:

- **Klausurklassiker** und **aktuelle Urteile** dargestellt als **Fall + Musterlösung**
- **Tipps** und **Hacks** für **Aufbau**, **Prüfungsreihenfolge** und **Gutachtenstil**



← zum  
**Probeabo**

[www.RÜStart.de](http://www.RÜStart.de)

PODCAST

# DIE JURA FLÜSTERER

Der Jura-Podcast von Alpmann Schmidt



hier reinhören



## Impressum

### RÜ-RechtsprechungsÜbersichtStart

#### Herausgeber:

RA Dr. Tobias Langkamp, RA Christian Sommer, RA Dr. Klaus Winkler

#### Verantwortliche Redakteure:

RA Dr. Tobias Langkamp (Zivilrecht), RA Dr. Marc Reiß (Strafrecht),  
RA Christian Sommer (Öffentliches Recht)

#### Redaktion:

Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge  
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8,  
48143 Münster, Tel. (0251) 98109-0, Fax (0251) 98109-60

**Autoren: Zivilrecht:** RA Dr. Tobias Langkamp, RA Dr. Jan Stefan Lüdde, Dr. Jannina Schäffer; **Strafrecht:** RA Dr. Marc Reiß, Dr. Jannina Schäffer; **Öffentliches Recht:** RA Christian Sommer, RA Horst Wüstenbecker

**Verlag:** Alpmann und Schmidt, Juristische Lehrgänge,  
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8, 48143 Münster,  
Postfach 1169, 48001 Münster, Tel. (0251) 98109-0

**Internet:** [www.alpmann-schmidt.de](http://www.alpmann-schmidt.de)

**E-Mail:** [info@alpmann-schmidt.de](mailto:info@alpmann-schmidt.de)

#### Media Sales:

Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG, Media Sales, Wilhelmstraße 9,  
80801 München, **Postanschrift:** Postfach 40 03 40, 80703 München

**Media Consultants:** Tel. (089) 38189-687, Fax (089) 38189-589,

**E-Mail:** [mediasales@beck.de](mailto:mediasales@beck.de)

**Auftragsmanagement:** Tel. (089) 38189-609, Fax (089) 38189-589,

**E-Mail:** [anzeigen@beck.de](mailto:anzeigen@beck.de)

**Verantwortlich für den Anzeigenteil:** Dr. Jiri Pavelka

ISSN 0178-0689

**Druck:** Himmer GmbH Druckerei und Verlag, Steinerne Furt 95,  
86167 Augsburg

**Urheber- und Verlagsrechte:** Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die der Übersetzung in fremde Sprachen, sind vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilme oder andere Verfahren – reproduziert, gespeichert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen und Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert bzw. erarbeitet sind.

**Erscheinungsweise:** monatlich zum Monatsbeginn.

**Bezugspreis:** Print: Jahresabo-Vorteilspreis 39 € (inkl. gesetzl. MwSt) inkl. Versand; digital: Jahresabo-Vorteilspreis 29 € (inkl. gesetzl. MwSt).

**Einzelausgabe:** Print: 3,90 € (inkl. gesetzl. MwSt), Versandkosten zzgl.; digital: 2,90 € (inkl. gesetzl. MwSt).

**Bestellungen** unter: [info@alpmann-schmidt.de](mailto:info@alpmann-schmidt.de) und in jeder Buchhandlung.

**Abbestellungen:** müssen 6 Wochen zum Quartalsende vorliegen.

# Leichter Lernen mit unseren Schemata

Preis  
**18,90 €**



## Aufbauschemata Zivilrecht/ZPO

Dr. Tobias Langkamp,  
Rechtsanwalt und Repetitor

Frank Müller, Rechtsanwalt und Repetitor

Unsere Aufbauschemata gibt es für alle drei Rechtsgebiete



**A. Aufbauschemata** V. Herausgabe/Rückzahlung/Werterersatz  
15. Nichtleistungskondition gegenüber Verfügendem oder Dritten, § 816 Abs. 1 S. 1 bzw. § 816 Abs. 1 S. 2

Nichtleistungskondition gegenüber Verfügendem, § 816 Abs. 1 S. 1

Nichtleistungskondition gegenüber Dritten, § 816 Abs. 1 S. 2

**I. Voraussetzungen**

- Verfügung:** Ein Recht wird aufgehoben/übertragen/belastet/inhaltlich verändert.
- Über einen Gegenstand:** Gegenstände sind alle Sachen/Rechte.
- Eines Nichtberechtigten**  
Berechtigter ist
  - der verfügungsberechtigte Rechtsinhaber
  - der kraft Gesetzes Verfügungsberechtigte
  - der gem. § 185 Abs. 1 zur Verfügung Ermächtigte
 Nichtberechtigter ist demnach
  - derjenige, der überhaupt nicht berechtigt ist
  - derjenige, der nur gemeinsam mit einem anderen berechtigt ist (Bruchteil- oder Gesamthandberechtigung)
  - derjenige, der zwar Rechtsinhaber ist, dessen Verfügungsbefugnis aber beschränkt ist
  - derjenige, der ein belastetes Recht unbelastet überträgt
 ⚠ *Obwohl eine Genehmigung nach § 185 Abs. 2 Var. 1 gem. § 184 Abs. 1 auf den Zeitpunkt der Verfügung zurückwirkt, handelt der Verfügende als „Nichtberechtigter“ i.S.d. § 816. Grund: Durch Genehmigung soll der eigentlich Berechtigte gegenüber dem Dritten unversehrt bleiben. Anders als sonst ist § 816 geltend zu machen.*
- Entgeltlichkeit**  
Die Kondition ist auf Herausgabe der „Gegenleistung“ gerichtet, die bei Unentgeltlichkeit fehlt.
  - Rechtsgrundlos = unentgeltlich
    - Verlag der Nichtberechtigten an den Dritten recht ebenfalls keinen Anspruch auf eine Gegenleistung
    - Nach e.A. kann er deshalb analog § 816 Abs. 1 S. 2
    - Nach h.M. muss der Dritte sich bereicherungsrecht setzen.

Ⓞ **Rechtsgrundlos = unentgeltlich?**  
- Verlag der Nichtberechtigten an den Dritten recht ebenfalls keinen Anspruch auf eine Gegenleistung  
- Nach e.A. kann er deshalb analog § 816 Abs. 1 S. 2  
- Nach h.M. muss der Dritte sich bereicherungsrecht setzen.

---

**B. Vertiefungs-schemata** I. Allgemeiner Teil  
5. Beschränkte Geschäftsfähigkeit, Geschäftsunfähigkeit (Fortsetzung)

**2. Rechtsfolgen**

Geschäft wirksam	Geschäft schwebend unwirksam	Geschäft unwirksam
<ul style="list-style-type: none"> <li>§ 112: Betrieb eines Erwerbsgeschäftes</li> <li>§ 113: Dienst- oder Arbeitsverhältnis</li> <li>§ 107: Lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte</li> <li>§ 109: Geschäfte mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>§ 108: Zweiseitige Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>§ 111: Einseitige Rechtsgeschäfte endgültig unwirksam</li> </ul>
Wirksamkeit ist abhängig von Genehmigung der gesetzlichen Vertretung		
⚠ <b>Ausschluss der Vertretung:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>§ 1629 Abs. 2 i.V.m. § 1643 i.V.m. § 1624</li> <li>§ 1650ff.</li> </ul>		
⚠ <b>Vertagung der Genehmigung gegenüber Vertragspartner</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Erteilung der Genehmigung gegenüber Vertragspartner</li> <li>Vertagung der Genehmigung gegenüber Vertragspartner</li> </ul>		
Geschäft endgültig wirksam	Geschäft endgültig unwirksam	Geschäft unwirksam, es sei denn, Vertragspartner fordert nur Genehmigung auf
	Geschäft endgültig unwirksam	Geschäft endgültig unwirksam
	Geschäft endgültig unwirksam	Geschäft endgültig unwirksam

---

**B. Vertiefungs-schemata** II. Schuldrecht  
14. Systematik Gewährleistungsrecht Kaufrecht

**Die drei Stufen der kaufrechtlichen Gewährleistung**

**A. Grundvoraussetzungen:** I. Wirksamer Kaufvertrag ⇒ S. 7  
II. Sach- oder Rechtsmangel, §§ 434, 435 ⇒ S. 186  
III. Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bzw. des Erwerbs, §§ 446, 447 (§ 474 Abs. 2) ⇒ S. 186

**1. Stufe: § 437 Nr. 1, Nachlieferung**

Mangelbeweitigung	Nachlieferung
§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Nr. 1, 439 Abs. 1 Nr. 2	§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Nr. 2

- Wahlrecht des Käufers, sofern nicht - eine Nachlieferungsart unmöglich, § 275
- Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers, §§ 275 Abs. 2, 439 Abs. 4
- Aufwendungsersatzanspruch des Käufers, § 439 Abs. 2 u. 3 ⇒ S. 12, 14

**2. Stufe: § 437 Nr. 2, Rücktritt/Minderer**

Rücktritt	Minderer
§§ 437 Nr. 2 Abs. 1, 460, 323, 326 Abs. 5	§§ 437 Nr. 2 Abs. 2, 461

(1) auch wenn Mangel nur unentgeltlich, § 323 Abs. 3 S. 2, oder bei Teilleistung kein Interessenverfall, § 323 Abs. 5 S. 1

(2) auch wenn Mangel nur unentgeltlich, § 461 Abs. 1 S. 2

**C. Weitere Voraussetzungen:**

- Vertretmüssen (vermutet gem. § 280 Abs. 1 S. 1) oder
- Bei § 311a: Keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vom Leistungsrisiko

**3. Stufe: § 437 Nr. 3 i.V.m. ... Schadensersatz/Aufwendungsersatz**

Schadensersatz/Aufwendungsersatz	Aufwendungsersatz
§§ 280 Abs. 1 u. 2, 281 oder § 280 Abs. 3 u. 3, 285 oder § 311a	§ 284

(1) kein SE statt der ganzen Leistung, wenn Mangel unentgeltlich, § 281 Abs. 1 S. 3, oder bei Teilleistung kein Interessenverfall, § 281 Abs. 1 S. 2

**D. Kein Gewährleistungsausschluss durch Rechtsgeschäft oder Gesetz**

**E. Keine Verjährung, § 438**

192

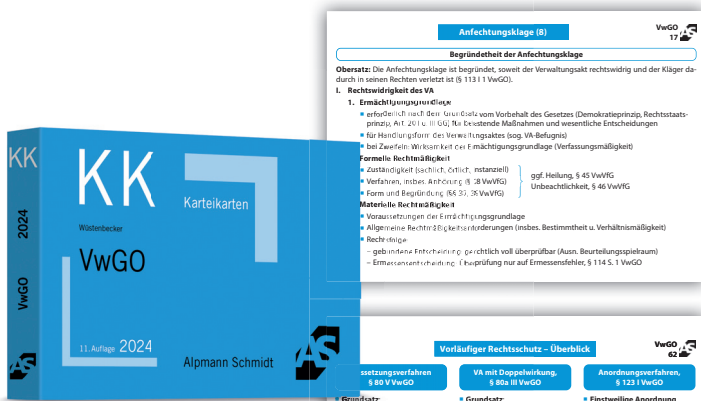
Leseproben und Bestellungen:  
[shop.alpmann-schmidt.de](http://shop.alpmann-schmidt.de)





# Leichter Lernen mit unseren Karteikarten

zum schnellen Erfassen des Prüfungsstoffs – mit vielen Übersichten



**VwGO**  
11. Auflage 2024  
84 Karten, € 13,90

### Anfechtungsklage (6)

**Begründetheit der Anfechtungsklage**

**Obersatz:** Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 I 1 VwGO).

**I. Rechtmäßigkeit des VA**

**1. Ermächtigungsvoraussetzungen**

- erforderlich: Vorbehalt des Gesetzes (Demokratieprinzip, Rechtsstaatsprinzip), Art. 20 III 1 i. V. M. Nr. 1 bis 6 bestehende Maßnahmen und wesentliche Entscheidungen
- Rufbehördenfunktion (Gesetzesvollzug) (soz. VA-Befugnis)
- bei Zweifeln: Wirkungskritik (Ermächtigungsgrundlage (Verfassungsmäßigkeit))

**Formelle Rechtmäßigkeit**

- Gestaltungssachverh. (Ordnung, Instanzstellung)
- Verfahren, insbes. Anhörung (§ 28 VwVfG)
- Form und Begründung (K 3), 28 VwVfG

**Materielle Rechtmäßigkeit**

- Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage
- Allgemeines Rechtsprinzip (keine Rückforderungen (insbes. Bestimmtheit u. Verhältnismäßigkeit))
- Rechtsmissbrauch
- ggü. anderen Entscheidung: gerichtlich voll überprüfbar (Auss. Beurteilungsspielraum)
- Ermessensverletzung: Einzelprüfung nur auf Ermessensfehler, § 114 S. 1 VwGO

### Vorläufiger Rechtsschutz – Überblick

Verfügungsvorverfahren § 80 I VwGO	VA mit Doppelwirkung, § 80a III VwGO	Anordnungsverfahren, § 123 I VwGO
<p><b>Grundsatz:</b> (Anfechtungs-)Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung, § 80 I 1 VwGO</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>VA kraft Gesetzes suspendiert, VA muss nicht beachtet werden</li> <li><b>Ausnahme:</b> Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 80 II VwGO</li> <li>VA kann vor Bestandskraft vollstreckt werden (vgl. § 61 VwVfG)</li> <li>VA kann durch Gericht suspendiert werden (§ 80 V VwGO)</li> </ul>	<p><b>Grundsatz:</b> Anfechtungsgegenstand und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung, § 80 I 2 VwGO</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>VA kraft Gesetzes suspendiert</li> <li><b>Ausnahme:</b> Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 80 II, insbes. S. 1 Nr. 1 oder Nr. 4 VwGO</li> <li>Behörde bzw. Begünstigter darf VA verwirklichen</li> <li>VA kann durch Gericht suspendiert werden (§ 80a III VwGO)</li> </ul>	<p><b>Einstweilige Anordnung</b> zur Sicherung eines Rechts (§ 123 I 1 VwGO) oder zur Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses (§ 123 I 2 VwGO) bei Verpfändungs-, Leistungs- und Feststellungsgegenständen</p>



**Strafrecht AT**  
19. Auflage 2024  
88 Karten, € 13,90

### Schuld: Promillegrenzen

Die Bedeutung der Blutalkoholkonzentration (BAK) im Strafrecht:

- 3,0 ‰: Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 bei entsprechenden psycho-diagnostischen Symptomen; Rausch i.S.d. § 323a
- 2,0 ‰: Verminderte Schuldfähigkeit i.S.d. § 21 bei entsprechenden psycho-diagnostischen Symptomen möglich; Rausch i.S.d. § 323a möglich
- 1,6 ‰: Absolute Fahrunfähigkeit von Radfahrern
- 1,1 ‰: Absolute Fahrunfähigkeit bei Kfz-Führen (§§ 315c Nr. 1a, 316)
- 0,5 ‰: Unfähigkeit zur Kfz-Führung gem. § 24a I S. 1 VwVfG
- 0,3 ‰: Relative Fahrunfähigkeit i.S.d. §§ 315c I Nr. 1a, 316, sofern zusätzlich alkoholbedingte Fahrunfähigkeit vorliegt

**Besondere Klausurfrage:** In der Klausur ist ein Hinweis zur Schuldunfähigkeit; bei 3,0 ‰ BAK ist auch ohne weiten von Schuldunfähigkeit auszugehen. Zweifelsfrei ist die BAK als Ausgangspunkt im Tatbestandsmerkmal ist: in dubio pro reo – die für den günstigsten Fall zu ermittelnde BAK ist zugrunde zu legen. Zur Verminderung der Schuldfähigkeit bei einzelnen Akten muss die Alkoholkonzentration > 0,3 ‰, nicht hoch sein, bei § 323a muss sie möglichst niedrig sein.

### Täterschaft und Teilnahme (7)

**Übersicht:** Handlung des Teilnehmers ist nicht strafbar, da der Täter einen eigenen Rechtsgüterangriff begeht, der aber der Wirkung nach von der Haupttat abhängig ist (Hilfsleistungstheorie).

	Anstiftung, § 27	Beihilfe, § 27
<b>Objektiver Tatbestand</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Die Anstiftung muss ein Verbrechen (oder ein Verbrechen) herbeiführen (Täter vor Teilnahme).</li> <li>Die Beihilfe muss ein Verbrechen (oder ein Verbrechen) herbeiführen (Täter vor Teilnahme).</li> <li>Die Beihilfe muss ein Verbrechen (oder ein Verbrechen) herbeiführen (Täter vor Teilnahme).</li> <li>Schuldliche Handlung des Beihilfer ist nicht erforderlich (Beihilfe Akzessorität).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Heranvermitteln des Leibesbaues beim Haupttat.</li> <li>Fördern der Haupttat durch physische oder psychische Hilfe.</li> <li>Verstärkung der Haupttatbegehung.</li> </ul>
<b>Subjektiver Tatbestand</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Der Teilnehmer muss mindestens dolus eventualis hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale sowie der Rechtswidrigkeit besitzen.</li> <li>In der Vorstellung des Teilnehmers muss das Haupttatgeschehen zumindest unmisshaft individuell sein.</li> <li>Der Teilnehmer muss den Erfolg der Haupttat wollen (§ 71).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Der Teilnehmer muss den Erfolg der Haupttat wollen (§ 71).</li> <li>Zweifellos ist die Beihilfe ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal.</li> <li>Kein „Beistimmen“ bzw. „Mitlauschen“ mindestens dolus eventualis.</li> </ul>
<b>Th. Verschärfung</b>	§ 28 I bei strafbündelnden besonderen persönlichen Merkmalen (FF 74)	



**Schuldrecht BT 3**  
10. Auflage 2025  
65 Karten, € 13,90

### GoA (1)

Eine GoA liegt vor, wenn jemand ein fremdes Geschäft mit Fremdgeschäftsführungswillen besorgt, ohne beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein (§ 677).

Die GoA ist kein einheitlicher Tatbestand; vielmehr sind verschiedene Arten zu unterscheiden:

echte GoA		unechte GoA	
<b>berechtigte GoA</b>	<b>unberechtigte GoA</b>	<b>irrtümliche Eigen-geschäftsführung (§ 687 I)</b>	<b>Geschäfts-annehmung (§ 687 II)</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Geschäftsbesorgung im Geschäftsführungswillen</li> <li>Fremdes Geschäft</li> <li>Auftrag und sonstige Berechtigung</li> <li>nicht interessens- und willensgemäß</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Geschäftsbesorgung im Geschäftsführungswillen</li> <li>Fremdes Geschäft</li> <li>ohne Auftrag und ohne sonstige Berechtigung</li> <li>nicht interessens- und willensgemäß</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Geschäftsbesorgung im Geschäftsführungswillen</li> <li>Fremdes Geschäft</li> <li>Unerkenntnis der Fremdheit des Geschäfts</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Geschäftsbesorgung im Geschäftsführungswillen</li> <li>Fremdes Geschäft</li> <li>positive Kenntnis der Fremdheit des Geschäfts</li> <li>keine Berechtigung</li> </ul>

### GoA (2)

Das Anspruchssystem der Geschäftsführung ohne Auftrag

Das Anspruchssystem der Geschäftsführung ohne Auftrag ist ein komplexes System, das die Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn regelt. Es umfasst die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag, die Art der Geschäftsführung, die Berechnung der Ansprüche und die Abwehr dieser Ansprüche durch den Geschäftsherrn.

**Außerdem lieferbar:**  
Alle Titel aus dem Zivilrecht, Strafrecht und Öffentliches Recht in unserem Shop unter [shop.almann-schmidt.de](http://shop.almann-schmidt.de)

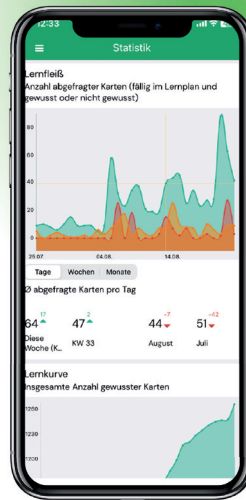
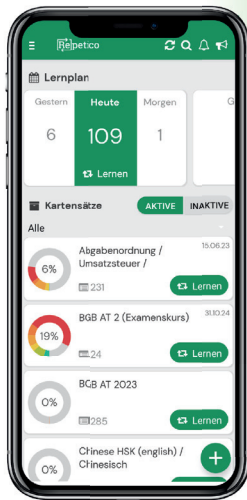




powered by  
**Re]petico**

# Smartes Lernen

mit den eCards von Alpmann Schmidt



- ✓ Smartes Lernen im **Frage-Antwort-Modus**
- ✓ Ausführliche **detaillierte Lernstatistiken** zur Überprüfung des eigenen Lernerfolgs
- ✓ Mit **automatisiertem Lernplan** und **Lernzieldatum**
- ✓ Bezug **fertiger eCards-Sätze** von Alpmann Schmidt in allen Rechtsgebieten und **Erstellung eigener Karten** möglich
- ✓ Karten und Lernfortschritt werden auf **mehreren Geräten synchronisiert**



Unsere eCards findet Ihr hier



[www.repetico.de/alpmann-schmidt](http://www.repetico.de/alpmann-schmidt)

§§ 241, 280, 311, 823 BGB

## Der Salatblattfall – wenn VSD auf CIC trifft

BGH, Urt. v. 30.10.1975 – 1 KZR 2/75, NJW 1976, 712

### Fall

Die 14-jährige K begleitete ihre Mutter (M) in den kleinen Selbstbedienungsladen des B, in dem M zur Mittagszeit ein paar Lebens- und Drogerieartikel einkaufen wollte. Während M nach dem Aussuchen der Waren noch an der Kasse anstand, ging K um die Kasse herum zur Packablage, um ihrer Mutter beim Einpacken behilflich zu sein. Dabei fiel sie zu Boden und zog sich eine schmerzhaft Verletzung des rechten Knies zu, die eine längere, zeitweilig sogar stationäre ärztliche Behandlung erforderlich machte.

Zu dem Sturz der K kam es, weil sie auf einem Gemüseblatt, das auf dem Boden im Kassensbereich lag, ausgerutscht war. B entschuldigte sich sofort bei K, wies aber auch sofort jede Verantwortung von sich, da er sich bei der Ladenöffnung am Morgen noch davon überzeugt habe, dass nichts auf dem Boden herumliegt.

K, vertreten durch ihre Eltern, verlangt ein Schmerzensgeld von B. Zu Recht?

### Lösung

#### A. Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus **§§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB** haben.

**Gutachtentechnik:** Der Obersatz sollte immer die Fragen beantworten: Wer (hier: K) will was (Schmerzensgeld) von wem (B) woraus (§ 280 Abs. 1 BGB). Gibt es mehrere in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen gilt die Prüfungsreihenfolge: vertragliche – vertragsähnliche – gesetzliche Ansprüche.

#### I. Schuldverhältnis

Zwischen K und B müsste ein Schuldverhältnis bestehen.

##### 1. Vertragliches Schuldverhältnis

Ein **Kaufvertrag** ist ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB. Allerdings lag zum Zeitpunkt der Verletzung **weder** ein Kaufvertrag **zwischen K und B noch zwischen M und B** vor. Die M stand zu diesem Zeitpunkt nämlich noch an der Kasse an.

##### 2. Vorvertragliches Schuldverhältnis

In Betracht kommt jedoch ein vorvertragliches Schuldverhältnis gemäß **§ 311 Abs. 2 BGB**.

**Hinweis:** Die **culpa in contrahendo** (abgekürzt c.i.c. und aus dem Lateinischen übersetzt „Verschulden bei Vertragsabschluss“) zählt zu den zentralen Rechtsinstituten des deutschen Schuldrechts. Es behandelt die Haftung für Schäden, die durch schuldhaft Pflichtenverletzungen im Vorfeld eines Vertragsabschlusses entstehen, unabhängig davon, ob der Vertrag später zustande kommt. Das Rechtsinstitut wurde durch die Schuldrechtsmodernisierung von 2002 in den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 und 311 Abs. 2 BGB gesetzlich verankert.

### Lernsätze

1. Die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter finden auch bereits auf das Stadium der Vertragsanbahnung Anwendung.

2. An die Verkehrssicherungspflichten bezüglich der Bodenbeschaffenheit in einem Warenhaus oder einem Selbstbedienungsladen werden besonders hohe Anforderungen gestellt, weil die Kunden ihre Aufmerksamkeit auf die in den Regalen befindlichen Waren richten und nicht auf den Boden.

**Prüfungsschema:**  
Anspruch aus §§ 280 Abs. 1,  
241 Abs. 2 BGB

#### A. Voraussetzungen

- I. Schuldverhältnis
- II. Pflichtverletzung
- III. Vertretenmüssen (vermutet)
- IV. Kausaler Schaden

#### B. Rechtsfolge

Schadensersatz neben der Leistung wegen Nebenpflichtverletzung Schadens

Das Aufsuchen des Geschäfts, um einige Artikel zu kaufen, diene der Anbahnung von geschäftlichen Kontakten, sodass § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfüllt sein könnte. Jedoch wollte K selbst keinen Vertrag anbahnen und wäre auch gemäß § 104 Nr. 1 i.V.m. § 105 Abs. 1 BGB geschäftsunfähig. Zwar hatte K das Geschäft zusammen mit ihrer Mutter betreten, jedoch wollte M nicht in Stellvertretung für K, sondern vielmehr für sich selbst handeln. Somit diene das Betreten des Geschäfts der **Anbahnung eines Kaufvertrags zwischen M und B.**

**Mithin besteht zwar** eine vorvertragliche Schuldverhältnisses i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB zwischen M und B, jedoch nicht zwischen K und B.

### 3. Vorvertragliches Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

K könnte jedoch in das vorvertragliche Schuldverhältnis zwischen M und B über die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter einbezogen worden sein. Anerkannt ist nämlich, dass die **Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung** zugunsten Dritter auch **bereits im Stadium der Anbahnung** des Vertrags Anwendung finden, sodass der Umstand, dass ...

„[V.4] ... im vorliegenden Fall der Kaufvertrag im Zeitpunkt des Unfalls noch nicht abgeschlossen war, ... im Ergebnis ohne entscheidende rechtliche Bedeutung [ist]. Gerade wenn man die Schutz- und Fürsorgepflicht als maßgeblichen Inhalt des durch die Anbahnung von Vertragsverhandlungen begründeten gesetzlichen Schuldverhältnisses ansieht und berücksichtigt, dass der Vertragspartner diese Obhutspflicht gleichermaßen vor wie nach Vertragsabschluss schuldet, ist die Einbeziehung dritter, in gleicher Hinsicht schutzwürdiger Personen in dieses gesetzliche Schuldverhältnis nur folgerichtig ... Es würde im übrigen auch **an jedem vernünftigen rechtfertigenden Grund dafür fehlen, die vertragliche Haftung vom reinen Zufall abhängig zu machen**, ob die Vertragsverhandlungen im Zeitpunkt der Schädigung schon zum endgültigen Vertragsabschluss geführt hatten; das zeigt eindringlich der vorliegende Fall, in dem die ‚Kaufverhandlungen‘ im wesentlichen abgeschlossen waren und der Vertragsabschluss im Unfallzeitpunkt – möglicherweise bedingt durch eine von der Mutter der K nicht zu verantwortende Verzögerung bei der Abfertigung an der Kasse – jedenfalls unmittelbar bevorstand.“

Es müssten die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Bezug auf K vorliegen.

**Klausurhinweis:** Umstritten ist, ob der Gesetzgeber das Institut „Vertrag mit Schutzwirkung“ in § 311 Abs. 2 Nr. 3 bzw. in § 311 Abs. 3 S. 1 BGB angesprochen hat. Jedenfalls sind die Voraussetzungen dieses Instituts aber nach wie vor nicht geregelt. Und müssen deshalb **unbedingt auswendig gelernt** werden.

#### a) Leistungsnähe

Erforderlich ist zunächst die Leistungsnähe des Dritten, also hier der K. Der Dritte muss **bestimmungsgemäß mit der Leistung des Schuldners** (hier B in Bezug auf die Kaufwaren) **in Berührung kommen** und den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger selbst. Da hier K zusammen mit M (Gläubiger) das Geschäft betreten hatte, bestand Leistungsnähe im vorvertraglichen Bereich.

#### b) Gläubigereinbeziehungsinteresse

Außerdem muss ein Einbeziehungsinteresse des Gläubigers, hier der M, bestehen. Die Rspr. verlangte **früher** hierfür, dass der Gläubiger für das „**Wohl und Wehe**“ des Dritten verantwortlich ist. Dies wurde bei einem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und dritten Personen mit **personenrechtlichem Einschlag**, wie beim Arbeitsverhältnis oder – wie hier – einer familienrechtlichen Beziehung zwischen M und K bejaht.

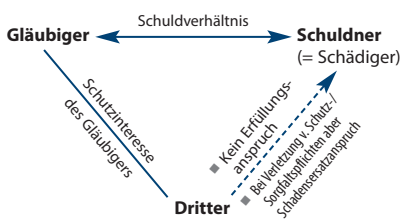
### Prüfungsschema: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

#### A. Voraussetzungen

- I. Leistungsnähe
- II. Gläubigereinbeziehungsinteresse (Gläubigernähe)
- III. Erkennbarkeit
- IV. Schutzbedürftigkeit

#### B. Rechtsfolge

Keine Primär-, aber Sekundärleistungsansprüche des Dritten bei Schutz- und Sorgfaltspflichtverletzungen





**Heute** wird ganz überwiegend das Schutzinteresse **weiter gefasst**, sodass **grundsätzlich jedes Interesse**, auch ein vertragliches Interesse **des Gläubigers am Schutz des Dritten**, genügt, was ggf. durch Auslegung zu ermitteln ist. Auch hiernach besteht natürlich ein Interesse der M am Schutz des eigenen Kindes K.

### c) Erkennbarkeit

Die Einbeziehung des Dritten muss für den Schuldner, hier also für B, erkennbar gewesen sein, damit dieser sein **Haftungsrisiko überschauen** kann. Maßgeblicher Zeitpunkt ist dafür der Abschluss des Vertrags oder im vorvertraglichen Bereich die Aufnahme der Geschäftskontakte. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner den Dritten namentlich oder persönlich kennt. Es reicht, dass die Schutzpflichten auf eine **klar abgrenzbare Personengruppe** beschränkt sind. Vorliegend ist für B, auch wenn er das Betreten des Geschäfts durch M und K nicht unbedingt gesehen hat, zumindest erkennbar gewesen, dass Kaufinteressenten vielfach mit Kindern sein Geschäft betreten. Dementsprechend war für B auch erkennbar, dass nicht nur Kaufinteressenten selbst, sondern ggf. auch deren Familienmitglieder geschädigt werden können.

### d) Schutzbedürftigkeit

Schließlich muss der Dritte, hier die K, auch schutzbedürftig sein. Sofern der Dritte **eigene gleichwertige vertragliche Ansprüche** gegen den Gläubiger (hier B) oder andere Personen hat, ist er nicht schutzwürdig, da er sich an diese halten kann. Vorliegend sind (vor-)vertragliche Ansprüche der K gegen K sowie gegen andere Personen **nicht ersichtlich**.

Somit besteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen M und B, das auch Schutzwirkung zugunsten der K entfaltet.

## II. Pflichtverletzung

Jeder Vertragspartner ist gemäß **§ 241 Abs. 2 BGB** verpflichtet, sich so zu verhalten, dass die **Rechtsgüter des anderen nicht verletzt** werden. Insbesondere muss die persönliche Sicherheit gewährleistet sein. Das gilt gemäß **§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB** auch für das Stadium der Vertragsanbahnung.

Wer Geschäftsräume betreibt muss gemäß § 241 Abs. 2 BGB für die **Verkehrssicherheit** Sorge tragen. Wird eine unbestimmte Zahl von Personen gefährdet, so muss der „Veranstalter“ den Geschäftsablauf so organisieren, dass nach menschlichem Ermessen keiner zu Schaden kommt. K wurde **während der Anbahnung** des Kaufvertrags zwischen M und B im Selbstbedienungsladen des B **an ihren Rechtsgütern Körper und Gesundheit verletzt**.

An die Sorgfaltspflichten bezüglich der **Bodenbeschaffenheit** in einem Warenhaus oder **einem Selbstbedienungsladen** werden **besonders hohe Anforderungen** gestellt, weil die Kunden ihre Aufmerksamkeit auf die in den Regalen befindlichen Waren richten und nicht auf den Boden. Zur Erfüllung der Schutzpflicht des B reichte es deshalb nicht aus, dass der ordnungsgemäße Zustand des Fußbodens bei Geschäftsbeginn gewährleistet war. Auch während der Geschäftszeit muss darauf geachtet werden, dass keine Gemüsereste oder sonstigen Gegenstände auf dem Boden herumliegen. B hat seine Schutzpflichten deshalb verletzt.

## III. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen des B wird gemäß **§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB** widerlegbar **vermutet**. Anhaltspunkte für eine Widerlegung der Vermutung sind nicht ersichtlich.

## IV. Rechtsfolge

B schuldet der K aus § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz. Über **§ 253 Abs. 2 BGB** sind aufgrund der **Verletzungen der K an Körper und Gesundheit** auch im-

### Verträge mit Drittwirkung:

**1. Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB:**  
Der Dritte hat einen eigenen Erfüllungsanspruch auf die Primärleistung.

**2. Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, § 331 BGB:**  
Der Dritte hat den Erfüllungsanspruch erst bei Eintritt des Todes des Versprechensempfängers (z.B. Lebensversicherung).

**3. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter:**  
Nicht geregelt. Der Dritte hat keinen Erfüllungsanspruch, sondern ist lediglich in die Schutz- und Sorgfaltspflichten einbezogen; bei deren Verletzung hat er Schadensersatzansprüche.

**Prüfungsschema:  
Anspruch aus § 823 Abs.1 BGB**

**A. Voraussetzungen**

- I. Rechtsgut- oder Rechtsverletzung
- II. Durch Verhalten, das dem Anspruchsgegner zuzurechnen ist
- III. Rechtswidrigkeit
- IV. Verschulden

**B. Rechtsfolge**

Ersatz des durch die Rechts(gut)-verletzung verursachten Schadens

**Prüfungsschema:  
Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB**

**A. Voraussetzungen**

- I. Schutzgesetz
- II. Verletzung des Schutzgesetzes
- III. Rechtswidrigkeit
- IV. Verschulden

**B. Rechtsfolge**

Ersatz des durch die Schutzgesetzverletzung zurechenbar verursachten Schadens

Ausführlich zu § 823 Abs. 2 BGB AS–Wis-sen kompakt (2025), S. 104 ff.

materielle Schäden zu ersetzen, sodass der geltend gemachte Schmerzensgeldanspruch besteht. Die genaue Höhe des Anspruchs auf **Schmerzensgeld** steht dabei im Ermessen des Gerichts.

**B. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB**

K könnte gegen B einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus **§§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB** haben.

**I. Rechtsgutsverletzung**

Die Rechtsgüter **Gesundheit** und **Körper** der K sind verletzt.

**II. Durch Verhalten des B**

Da B hat seine **Verkehrssicherungspflichten** nicht ordnungsgemäß erfüllt hat (s.o.), rutschte K aus und wurde so an ihren Rechtsgütern verletzt.

**III. Rechtswidrigkeit**

Die Rechtswidrigkeit ist **indiziert**, Rechtfertigungsgründe sind für B nicht ersichtlich.

**IV. Verschulden**

Es müsste ein Verschulden des B vorliegen. Verschulden umfasst gemäß § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Indem B den sicheren Zustand des Bodens im Selbstbedienungsladen nicht während der gesamten Öffnungszeit des Ladens gewährleistet hat, hat A die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt und damit **fahrlässig** i.S.v. **§ 276 Abs. 2 BGB** gehandelt. Somit liegt ein Verschulden des B vor.

**V. Rechtsfolge**

Folglich besteht ein Schadensersatzanspruch des S gegen A aus § 823 Abs. 1 BGB. Aufgrund der Gesundheitsverletzung ist gemäß § 253 Abs. 2 BGB auch der **immaterielle Schaden**, mithin Schmerzensgeld, geschuldet.

**C. Anspruch aus § 823 Abs. 2**

K könnte gegen B einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus **§ 823 Abs. 2 BGB** i.V.m. **§ 229 StGB** i.V.m. **§ 253 Abs. 2 BGB** haben.

**I. Schutzgesetz**

Die fahrlässige Körperverletzung gemäß **§ 229 StGB** müsste **taugliches Schutzgesetz** i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB sein. § 229 StGB schützt vor Gesundheitsverletzungen und ist damit taugliches Schutzgesetz zugunsten der hier verletzten K.

**II. Verletzung des Schutzgesetzes**

Die fahrlässige Körperverletzung gemäß § 229 StGB müsste taugliches Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB sein. § 229 StGB schützt vor Gesundheitsverletzungen und ist damit taugliches Schutzgesetz zugunsten der hier verletzten K.

**III. Rechtswidrigkeit und Verschulden**

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

**IV. Rechtsfolge**

B schuldet der K Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB, sodass gemäß § 253 Abs. 2 BGB auch Schmerzensgeld als immaterieller Schaden geschuldet ist.

**Ergebnis:** K hat gegen B einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus § 280 Abs. 1 BGB, aus § 823 Abs. 1 BGB sowie aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB, jeweils i.V.m. § 253 Abs. 2 BGB.

**RA Dr. Tobias Langkamp**

§§ 323, 346, 433, 434, 437, 444 BGB; § 377 HGB

## Toilettencontainer ohne Toilettenschüsseln sind mangelhaft

OLG München, Endurt. v. 08.01.2025 – 7 U 1776/23 e, BeckRS 2025, 118

### Fall

Die Kaufleute V und K sind mit dem gewerblichen Handel und der Vermietung von WC-Containern befasst. Im Juli 2021 verhandeln die Parteien per WhatsApp über den Ankauf von zwei gebrauchten Toilettencontainern der V durch die K.

Im Laufe der Verhandlungen erbittet K von V Fotos der WC-Container. V schickt K via WhatsApp Fotos, auf denen das Innere der WC-Container mit geschlossenen Kabinentüren zu sehen ist. V wusste dabei vom Fehlen der Toilettenschüsseln. Die Kloschüsseln sind auf den Fotos aufgrund der geschlossenen Türen aber nicht zu sehen. V schickt K außerdem einen Link zu seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Diese enthalten den Gewährleistungsausschluss „gebraucht gekauft wie gesehen“.

Am 28.07.2021 einigen sich V und K über WhatsApp auf den Verkauf von zwei WC-Container „20ft 6 WC gebraucht“ zum Preis von 4.500 € netto je Container, zusammen 10.710 € brutto an K. Am 03.08.2021 lässt V die WC-Container durch den Logistikdienstleister L an K liefern. K bezahlt den vollen Kaufpreis.

Mit Anwaltsschreiben vom 16.08.2021 rügt K das Fehlen von Toilettenschüsseln und fordert V auf, bis zum 26.08.2021 ihre „mangelhaften Container abzuholen und mangelfreie Container nachzuliefern“. Mit Anwaltsschreiben vom 23.08.2021 lehnt V eine Nachlieferung unter Berufung auf die Mangelfreiheit der verkauften WC-Container und den in den AGB vereinbarten Gewährleistungsausschluss ab. Eine Nacherfüllung sei für ihn außerdem nur zu unverhältnismäßig hohen Kosten möglich.

Mit Anwaltsschreiben vom 25.08.2021 erklärt K den Rücktritt vom Kaufvertrag und fordert V auf, die streitgegenständlichen Container, Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises, bei ihr abzuholen.

Steht K der geltend gemachten Anspruch gegen V zu?

### Lösung

K könnte gegen V einen Anspruch auf **Rückzahlung des Kaufpreises**, Zug um Zug gegen Rückgabe der Container, aus **§§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB** haben.

**Klausurhinweis:** Zitiere die Normenkette bereits im Obersatz immer vollständig.

#### I. Kaufvertrag

Zwischen K und V müsste ein Kaufvertrag gemäß **§ 433 BGB** zustande gekommen sein. Dieser setzt zwei **übereinstimmende Willenserklärungen**, Angebot und Annahme, voraus, **§ 145 ff. BGB**.

Ein **Angebot** ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, in der alle **essential negotii** so bestimmt oder zumindest bestimmbar sind, dass die Annahme durch ein schlichtes „Ja“ möglich ist.

### Lernsätze

1. In dieser aktuellen examensrelevanten Entscheidung geht es um Elemente aus dem BGB AT und Schuldrecht AT, wobei das Gericht sich mit der Frage beschäftigen musste, was man unter einem „WC“ versteht.

2. „WC“ bedeutet schon im allgemeinen Sprachgebrauch „Wasserclosett“, also eine mit Spülvorrichtung versehene Toilettenschüssel. Wenn somit Vertragsinhalt der Verkauf von Containern mit „6 WCs“ ist, kann das nur dahin ausgelegt werden, dass die Container jeweils sechs Toilettenschüsseln enthalten müssen. Ohne diese Toilettenschüsseln sind die WC-Container mangelhaft.

### Prüfungsschema: Rücktritt vom Kaufvertrag wegen Schlechtleistung

- I. Kaufvertrag, § 433 BGB
- II. Mangel bei Gefahrübergang, § 434 BGB
- III. Rücktrittserklärung, § 346 BGB
- IV. Fristablauf oder Entbehrlichkeit, § 323 Abs. 1, § 439 Abs. 1 BGB
- V. Kein Ausschluss

Vgl. AS-Aufbauschemata Zivilrecht/ZPO (2025), S. 76 f.

Vorliegend bietet V der K den Kauf von zwei WC-Containern „20ft 6 WC gebraucht“ zum Preis von 4.500 € netto je Container, zusammen 10.710 € brutto an. Ware, Menge und Preis sind gegeben, sodass die essentialia negotii bekannt sind und K dieses Angebot mit einem „Ja“ annehmen kann.

Die **Annahme** ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die das Einverständnis mit dem angebotenen Vertragsschluss erklärt wird. Der einem **Abwesenden** gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, **§ 147 Abs. 2 BGB**.

**Klausurhinweis:** *Ergeben sich beim Vertragsschluss keine Besonderheiten, kannst Du Dich an dieser Stelle – vor allem im fortgeschrittenen Studium – auch deutlich kürzer fassen.*

Hier antwortet K dem V sofort per WhatsApp und hat das Angebot somit wirksam angenommen. Zwischen K und V kam ein Kaufvertrag über die WC-Container zustande.

## II. Sachmangel

Die Sache müsste mangelhaft gewesen sein. Ein Mangel liegt nach **§ 434 Abs. 1 BGB** vor, wenn die tatsächliche Beschaffenheit (Ist-Beschaffenheit) der Kaufsache **bei Gefahrübergang (§ 446 BGB)** von den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen oder den Montageanforderungen (Soll-Beschaffenheit) für den Käufer nachteilig abweicht.

**Klausurhinweis:** *Obwohl § 434 Abs. 1 BGB einen Gleichrang der subjektiven und der objektiven Anforderungen vorsieht, sollte bei der Prüfung vorrangig das Abweichen von den subjektiven Anforderungen erörtert werden. Es ist also zunächst zu prüfen, ob eine wirksame Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarung getroffen wurde.*

Vorliegend lieferte V an K **zwei gebrauchte Toilettencontainer**, in denen jeweils **die Toilettenschüsseln fehlten**. Dadurch könnten die WC-Container nachteilig von den subjektiven Anforderungen an die Beschaffenheit (**§ 434 Abs. 2 BGB**) abweichen.

**Gutachtentechnik** *Ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Die vier klassischen Auslegungsmethoden lauten: Wortlaut, Systematik, Telos („Sinn und Zweck“), Historie. Beginne dabei am besten vom Wortlaut her. Die restlichen Auslegungsmethoden sind gleichrangig. Eine vertiefte historische Auslegung wird von Dir in einer Klausur nicht erwartet; kann aber Gegenstand einer Hausarbeit sein (weil man die Entstehungsgeschichte einer Norm in einer Hausarbeit nachschlagen kann).*

Der **Wortlaut** der WhatsApp-Nachrichten ergibt, dass zwei WC-Container „20ft 6 WC gebraucht“ verkauft wurden.

„[24] ‚WC‘ bedeutet schon im **allgemeinen Sprachgebrauch** ‚Wasserclousett‘, also eine **mit Spülvorrichtung versehene Toilettenschüssel**. Wenn somit Vertragsinhalt der Verkauf von Containern mit 6 WCs ist, kann das nur dahin ausgelegt werden, dass die Container jeweils sechs Toilettenschüsseln enthalten müssen.“

Etwas anderes könnte sich aus der Tatsache ergeben, dass **gebrauchte** WC-Container verkauft wurden.

„[25] Dem kann [V] nicht ... entgegenhalten, dass in ‚Fachkreisen‘ von ‚gebrauchten‘ WC-Containern auch gesprochen werde, wenn Vorkehrungen

Vgl. AS-Skript Schuldrecht BT1 (2025), Rn. 12 ff.



für die Durchführung von Abwasserrohren vorhanden seien. Denn die [Nachricht] ... spricht nicht nur von ‚gebrauchten‘ WC-Containern, sondern von solchen **mit jeweils ,6 WC‘**. Diese **konkrete Beschaffensvereinbarung** wird durch die Beschreibung der WC-Container als ‚gebraucht‘ nicht relativiert.“

Die WC-Container weichen damit nachteilig von den subjektiven Anforderungen an die Beschaffenheit ab. Das Fehlen der Toilettenschüsseln stellt einen Sachmangel dar.

### III. Gewährleistungsausschluss

V könnte die Gewährleistung wirksam in ihren **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** ausgeschlossen haben.

**Klausurhinweis:** Gewährleistungsausschlüsse werden häufig (aber nicht zwingend) in AGB vereinbart. Aber Achtung: In einer Klausur wird das Wort „AGB“ nicht immer ausdrücklich verwendet. Manchmal sind im Sachverhalt auch einfach Schriftstücke im Wortlaut abgedruckt, sodass Du selbst auf die Idee kommen musst, dass es sich hierbei um AGB handeln könnte. Ob tatsächlich AGB vorliegen, ist dann im nächsten Schritt zu prüfen. Es gibt aber auch den umgekehrten Fall: Nämlich, dass die Parteien ein Schriftstück juristisch einordnen und es z. B. „Kaufvertrag“ oder „AGB“ nennen, obwohl eine Prüfung durch Dich ergibt, dass das Schriftstück rechtlich ganz anders zu qualifizieren ist.

#### 1. Anwendbarkeit

Bei den Klauseln handelt es sich um **vorformulierte Vertragsbedingungen** für eine Vielzahl von Verträgen, – nämlich alle Kunden der V – die von der Verbraucherin V einseitig gestellt wurden. Somit liegen **AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB** vor.

#### 2. Einbeziehung

Die AGB müssten auch wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Werden AGB – wie hier – **gegenüber einem Unternehmer** i.S.d. **§ 14 BGB**, nämlich der Kauffrau K, verwendet, werden sie gemäß **§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB** durch Angebot und Annahme in den Vertrag einbezogen. § 305 Abs. 2 und Abs. 3 BGB gelten nicht.

Vorliegend schickt V der K vor Vertragsschluss **einen Link zu ihren AGB**. Dadurch wurden diese wirksam in den Vertrag einbezogen.

**Klausurhinweis:** Das AGB-Recht soll den „unterlegenen“ Verbraucher im Rechtsverkehr schützen. Im B2B-Bereich gegenüber Unternehmen sind die Anforderungen umgekehrt nicht so streng wie im B2C-Bereich. Dies spiegelt sich neben den anwendbaren Normen auch in der Rechtsprechung wider.

#### 3. Inhaltskontrolle

**§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB** beschränkt den Prüfungsmaßstab der Inhaltskontrolle, wenn – wie hier – AGB gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Ein wirksamer Gewährleistungsausschluss kommt vorliegend durch die Formulierung „gekauft wie gesehen“ in Betracht.

**Klausurhinweis:** Üblicherweise spielen AGB in Klausuren mit Verbrauchern eine Rolle. Du prüfst die Normen dann „rückwärts“, also § 309 BGB, § 308 BGB und erst dann die Generalklausel des § 307 BGB. Das AGB-Recht – kann wie hier – aber auch einmal gegenüber einem Unternehmer relevant werden. Vergiss dann nicht die gegenüber Unternehmern geltenden Besonderheiten.

### Prüfungsschema: §§ 305 ff. BGB

#### I. Anwendbarkeit

1. Begriffsbestimmung, § 305 Abs. 1 BGB
2. Nichtanwendbarkeit, § 310 Abs. 1, 2, 4 BGB

#### II. Einbeziehungskontrolle

1. Einbeziehungsvereinbarung, § 305 Abs. 2 BGB
2. Überraschende Klausel, § 305c Abs. 1 BGB
3. Vorrang der Individualabrede, § 305b BGB

#### III. Inhaltskontrolle

1. Klauselverbot ohne Wertung, § 309 BGB
2. Klauselverbot mit Wertung, § 308 BGB
3. Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB
4. Generalklausel, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

#### IV. Rechtsfolge

§ 306 BGB

Vgl. AS-Skript Basiswissen Zivilrecht (2025), S. 151 f.

Vgl. EuGH, Urt. v. 24.11.2022 – C-358/21

„[30] ... [Eine] derartige Klausel [enthält] nach allgemeinem Verständnis einen **Ausschluss der Gewährleistung** für solche Mängel, die bei **ordnungsgemäßer Besichtigung wahrnehmbar** sind, was bei fehlenden Toilettenschüsseln ohne Weiteres anzunehmen wäre.“

Der Ausschluss der Gewährleistung könnte vorliegend aber am **arglistigen Verschweigen** des Mangels durch V scheitern, **§ 444 BGB**. Von einem arglistigem Verschweigen eines Mangels ist auszugehen, wenn **der Verkäufer den Mangel kennt** und ihn hinsichtlich dieses Mangels eine Offenbarungspflicht traf.

Das Fehlen der Toilettenschüsseln in beiden Containern war V bekannt. V musste darüber hinaus aber auch eine **Offenbarungspflicht** treffen.

„[31] ... [V wäre] unter den Umständen des Falles verpflichtet gewesen, [K] auf das Fehlen von Toilettenschüsseln hinzuweisen. Dies ergibt sich insbesondere aus dem vorgelegten Verlauf der **WhatsApp-Verhandlungen** zwischen den Parteien. [Dabei] erbat [K] die **Übersendung von Fotos**. [V hatte sodann] Lichtbilder übermittelt, **die das Containerinnere aber jeweils nur mit geschlossenen Kabinentüren zeigen**, (sodass auf ihnen das Fehlen von Kloschüsseln nicht wahrnehmbar war). Nach der ... übermittelten Beschreibung ‚6xWC‘ wäre [V] aber verpflichtet gewesen, [K] das ihr bekannte Fehlen von Kloschüsseln (wenn schon nicht durch die erbetenen Fotos, aber dann zumindest verbal) **zu offenbaren**, zumal ihr klar sein musste, dass [K] diesen Umstand aus den Lichtbildern nicht entnehmen konnte.“

Somit traf V eine Offenbarungspflicht gegenüber K, der V nicht nachgekommen ist. V hat den Mangel arglistig verschwiegen. Der Ausschluss der Gewährleistung scheitert an § 444 BGB.

#### IV. Ausschluss wegen Kenntnis

K war das Fehlen der WC-Schüsseln **bei Vertragsschluss nicht bekannt**, sodass der Rücktritt nicht gemäß **§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB** ausgeschlossen ist.

Der Rücktritt könnte aber gemäß **§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB** ausgeschlossen sein, weil K der Mangel **infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt** geblieben ist. **Grob fahrlässig** handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders hohem Maße verletzt. Ob K grob fahrlässig handelte, was unwahrscheinlich ist, da K sich sogar Fotos der Ware zuschicken ließ, kann dahinstehen. V hat den Mangel **arglistig verschwiegen** (s.o.). Damit kann sich V nicht auf den Ausschluss der Gewährleistung berufen.

***Klausurhinweis:** Arglistiges Verhalten kann an mehreren Stellen in der zivilrechtlichen Klausur eine Rolle spielen. Lerne die verschiedenen Konstellationen in ihrer Zusammenschau und verdeutliche Dir die dahinterstehende Wertung: Wer seinen Vertragspartner arglistig täuscht, ist weniger schützenswert! Kommentiere Dir – soweit es Deine Prüfungsordnung erlaubt – § 444 BGB neben § 442 BGB und umgekehrt.*

#### VI. Fristsetzung

Nach **§ 323 Abs. 1 BGB** muss der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine **angemessene Frist** zur Leistung oder Nacherfüllung setzen.

Das **Anwaltsschreiben** vom **16.08.2021** enthält eine Fristsetzung zur Nachlieferung bis **26.08.2021**. Ob diese Frist **angemessen** war, könnte dahinstehen. V hat sich mit Anwaltsschreiben vom **23.08.2021** auf einen behaupteten Gewährleistungsausschluss berufen und damit die **Nacherfüllung endgültig und ernsthaft verweigert**, **§ 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB**. Somit ist die Fristsetzung entbehrlich.

## VII. Rücktrittserklärung

K müsste den Rücktritt gegenüber V erklärt haben, **§ 349 BGB**. Das Anwaltsschreiben vom 16.8.2021 könnte eine Rücktrittserklärung beinhalten.

„[38] [K] hat mit Anwaltsschreiben vom 16.08.2021 ihr Wahlrecht gemäß § 439 BGB ... dahin ausgeübt, dass sie die **Lieferung mangelfreier Container** verlangte. Entgegen der Auffassung der [V] ist dieses Schreiben als **Geltendmachung von Gewährleistungsrechten wegen Sachmängeln** zu werten. Es werden zunächst der Sache nach Mängel geschildert ... und sodann (unter Fristsetzung) die Abholung der ‚mangelhaft gelieferten‘ und die Nachlieferung ‚mangelfreier‘ Container verlangt. Mit diesem Inhalt kann das Schreiben nur als Geltendmachung der Sachmängelgewährleistung und Ausübung des Wahlrechts nach § 439 BGB verstanden werden.“

Dass diese Erklärung **vor Ablauf der ursprünglich gesetzten Frist** zum 26.08.2021 erfolgte, ist unschädlich, da V zwischenzeitlich die Nachlieferung endgültig und ernsthaft verweigert hatte (s.o.). Eine wirksame Rücktrittserklärung liegt vor.

## VIII. Verweigerung der Nachlieferung

Fraglich ist außerdem, ob V die Nachlieferung nach **§ 439 Abs. 3 BGB** hätte verweigern können.

„[40] ... Hierfür genügt nicht, dass das Verlangen ‚treuwidrig‘ war; vielmehr setzt die Norm voraus, dass die **gewählte Art der Nacherfüllung unmöglich oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten** möglich ist. Diese Voraussetzungen hat [V] nicht dargetan. Richtigerweise schuldete [V] nur die Lieferung gebrauchter Container (mangelfrei, aber ansonsten im Erhaltungszustand der verkauften). Dass solche ... auf dem deutschen und europäischen Markt **überhaupt nicht verfügbar waren, ist ... nicht plausibel**. Denkbar ist dem gegenüber, dass solche Container nur aus weiterer Entfernung und zu **sehr hohen Preisen/Kosten** zu beschaffen gewesen wären. Zu diesen Kosten erfolgt aber **kein Vortrag**, sodass schlechterdings nicht beurteilt werden kann, ob diese als unverhältnismäßig zu beurteilen gewesen wären.“

V kann die Nachlieferung nicht nach § 439 Abs. 3 BGB verweigern.

**Klausurhinweis:** Dieses kleine Problem hätte man schnell übersehen können. Versuche immer, den Sachverhalt zu „spiegeln“ und überprüfe am Ende Deiner Bearbeitung nochmals, ob Du alle im Sachverhalt durch die Parteien aufgeworfenen Probleme, verwertet hast. Hier hatte V explizit behauptet, dass eine Nacherfüllung für ihn „nur zu unverhältnismäßig hohen Kosten“ möglich sei. Dieser Vortrag ist aber natürlich viel zu unsubstantiiert.

**Ergebnis:** K hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, Zug um Zug gegen Rückgabe der Container, aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB gegen V.

**Dr. Jannina Schäffer**

§§ 242, 263 StGB

## Der Dienstmützenfall – Zueignungsabsicht beim Diebstahl

BGH, Beschl. v. 21.01.1964 – 5 StR 514/63, BeckRS 1964, 105976

### Lernsatz

Beim sog. „Dienstmützenfall“ handelt es sich um einen Fallklassiker zur Frage, ob ein Soldat, der die Dienstmütze seines Kameraden an sich nimmt, um diese als seine eigene bei der Kleiderkammer abzugeben, mit Zueignungsabsicht handelt. Der BGH verneinte dies. Da der Soldat von Anfang an vorhatte, die Dienstmütze wieder an die Bundeswehr zurückzugeben, fehle die Aneignungskomponente.

### Prüfungsschema: Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB

#### I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Fremde, bewegliche Sache
  - b) Wegnahme
2. Subjektiver Tatbestand
  - a) Vorsatz
  - b) Zueignungsabsicht

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

#### IV. Strafzumessung

§ 243 StGB

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht BT (2023), S. 45 ff.

### Fall

Bundeswehrsoldat B verliert seine Dienstmütze, die im Eigentum der Bundeswehr steht. Weil er weiß, dass er bei seiner Entlassung seine Berufskleidung inklusive Dienstmütze bei seinem Dienstherrn abgeben muss, bricht er den abgeschlossenen Spind seines Kameraden K auf und entwendet dessen gleichaussehende Dienstmütze (Wert: 150 €). Die Dienstmütze des K verwahrt B in seinem eigenen Spind, bis er sie bei der Abmusterung als „seine“ Dienstmütze an die Kleiderkammer der Bundeswehr zurückgibt. B wollte so den Schadensersatzansprüchen durch die Bundesrepublik Deutschland wegen der verlorenen Dienstmütze entgehen.

Wie hat sich B nach dem StGB strafbar gemacht?

### Lösung

#### A. Diebstahl in einem besonders schweren Fall

A könnte sich wegen eines **besonders schweren Falls des Diebstahls** gemäß **§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB** strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste A eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

##### a) Fremde, bewegliche Sache

**Klausurhinweis:** Das ist unproblematisch. Hier kannst Du Dich deswegen kurzfassen und statt dem Gutachtenstil auch den verkürzten Gutachtenstil oder den Feststellungsstil verwenden:

Bei der Dienstmütze handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, also eine **Sache**. Sie kann fortbewegt werden, sodass sie auch **beweglich** ist. **Fremd** ist die Dienstmütze, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos oder eigentumsunfähig ist. Alleineigentum an ihr hat die Bundeswehr, somit ist die Mütze für B eine fremde bewegliche Sache.

##### b) Wegnahme

B müsste die Dienstmütze weggenommen haben, also den Gewahrsam des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers daran gebrochen und neuen – nicht notwendigerweise tätereigenen – Gewahrsam daran begründet haben.

##### aa) Ursprünglicher Gewahrsam

**Gewahrsam** ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, deren Grenzen nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen sind. Tatsächliche Sachherrschaft besteht, wenn der Gewahrsamsinhaber eine physisch-reale Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache hat, sodass der unmittelbaren Verwirklichung des Einwirkungswillens auf die Sache keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen.



**Klausurhinweis:** Hier lag das erste Problem des Falles. Du solltest erkennen, dass die Gewahrsamsverhältnisse an der Dienstmütze nicht eindeutig sind. Wichtig ist zunächst, dass Du nie Eigentum oder Besitz mit Gewahrsam gleichsetzt, dieser ist ein strafrechtseigener dogmatischer Begriff mit Parallelen, aber eben auch mit Unterschieden.

Beide unten genannten Ansichten sind vertretbar und wurden in der Vergangenheit durch Gerichte teils sogar offengelassen (vgl. BayObLG, Urteil v. 23.07.2020 – 207 StRR 230/20, BeckRS 20, 37990). Beachte außerdem, dass die Art der Gewahrsamsposition im Folgenden auch eine Auswirkung auf die Frage des Bruches und der Neubegründung des Gewahrsams durch B hat.

Einerseits könnte man vertreten, dass **K den Alleingewahrsam** an den in seinem verschlossenen Spind aufbewahrten Bekleidungsgegenständen hat: Der Spind stellt eine Sphäre dar, die K sozial-normativ zuzurechnen ist.

Andererseits kann man aber auch vertreten, dass die **Bundeswehr übergeordneten Gewahrsam** an den Bekleidungsgegenständen hat, die den Soldaten nur unter bestimmten Bedingungen zum dienstlichen Gebrauch überlassen wurden. Hierfür spricht insbesondere, dass die Dienstvorgesetzten des K jederzeit auf dessen Spind in der Kaserne zugreifen können und damit eine physisch-reale Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache haben, der keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen. **K** hat nach dieser Argumentation lediglich **untergeordnetes Gewahrsam** an der Dienstmütze.

### bb) Gewahrsamsbruch

Den Gewahrsam müsste B **gebrochen** haben. Bei **mehrstufigen Gewahrsamsverhältnissen** genügt es dabei, wenn der Täter **den untergeordneten Gewahrsam bricht**.

**Klausurhinweis:** Dass B den Gewahrsam der Bundeswehr nicht brach, da er die Mütze nicht aus der Kaserne (also der Gewahrsamssphäre der Bundeswehr) entfernte, sondern lediglich in seinem eigenen Spind verwahrte, ist deswegen nicht entscheidend. Bei mehrstufigen Gewahrsamsverhältnissen nach der h.M. kann also eine Person auf dieser Stufe den untergeordneten Gewahrsam einer anderen Person auf der gleichen Stufe brechen, ohne dass der übergeordnete Gewahrsam sich verändert.

Indem B die Dienstmütze aus dem Spind des K in seinen Spind brachte, **lockerte er den Gewahrsam der Bundeswehr** lediglich. Dadurch, dass er die Dienstmütze gegen den Willen des K an sich nahm, brach er aber jedenfalls dessen (untergeordneten) Gewahrsam.

### cc) Neubegründung

B müsste außerdem **neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsam** an der Sache **begründet** haben. B verstaute die Dienstmütze in seinem Spind, somit hat B die tatsächliche Herrschaft über die Sache dergestalt erlangt, dass der Ausübung keine wesentlichen, weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen. Fraglich ist aber, ob der fortbestehende übergeordnete Gewahrsam der Bundeswehr die **Vollendung der Wegnahme** ausschließt. Grundsätzlich ist zwar für die neue Gewahrsamsbegründung erforderlich, die bisherigen Gewahrsamsverhältnisse aufzuheben. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Täter lediglich eine untergeordnete Mitgewahrsamsposition bricht, sodass A auch – jedenfalls im Verhältnis zu K – **neuen Gewahrsam begründet** hat.

B hat eine fremde, bewegliche Sache weggenommen.

## 2. Subjektiver Tatbestand

**Klausurhinweis:** Hier lag der Schwerpunkt des Falles und der Grund, wieso er als „Fallklassiker“ noch immer im Jurastudium gelehrt wird.

B handelte **vorsätzlich**. Er müsste zudem **Zueignungsabsicht** besessen haben. Der Gegenstand der Zueignung ist umstritten:

Die **weite Sachwerttheorie** fragt, ob der Sachwert dauerhaft in das Vermögen des Täters eingegliedert werden soll. B will die Dienstmütze zur Tilgung eigener Verbindlichkeiten (Rückgabepflicht hinsichtlich Dienstbekleidung) und Abwehr eines Schadensersatzanspruches einsetzen, somit hat er nach der Sachwerttheorie Zueignungsabsicht. Gegenstand der Zueignung kann aber immer nur eine bestimmte körperliche Sache sein, niemals irgendein abstrakter Wert oder ein Recht als solches. Die weite Sachwerttheorie überspannt den Wortlaut des § 242 StGB und ist daher abzulehnen.

Nach der **strengen Substanztheorie** setzt eine Enteignung voraus, dass der Täter die Sache selbst dem Eigentümer dauerhaft entziehen will. B gibt die Dienstmütze zurück, daher fehlt ihm nach der strengen Substanztheorie die Zueignungsabsicht.

Nach der **modifizierte Substanztheorie** kommt es darauf an, dass der Täter sich unter Missachtung der eigentlichen Eigentümerstellung eine eigene hiermit vergleichbare Verfügungsgewalt an der Sache anmaßen will. B will sich aber gerade keine Eigentümerrechte anmaßen. Er hat die Mütze stets als dem Bund gehörend besessen und zu keinem Zeitpunkt das Eigentum der Bundeswehr geleugnet. Danach fehlt bei B auch die Zueignungsabsicht.

Nach der **Vereinigungstheorie** setzt die Zueignungsabsicht voraus, dass der Täter die Sache, hinsichtlich der Sachsubstanz oder des in der Sache verkörperten spezifischen Funktionswerts, wenigstens vorübergehend seinem Vermögen einverleiben (**Aneignungskomponente**) und den Eigentümer dauerhaft aus seiner Stellung verdrängen (**Enteignungskomponente**) möchte. Hinsichtlich der Aneignungskomponente ist dabei *dolus directus* 1. Grades erforderlich, hinsichtlich der Enteignungskomponente genügt *dolus eventualis*.

**Eselbrücke dazu:** *Aneignung = Absicht, Enteignung = Eventualvorsatz*

*Die heute herrschende Vereinigungstheorie kombiniert also die Substanz- und die Sachwerttheorie.*

Nach der Vereinigungstheorie ist dabei allerdings **ein restriktiver Sachwertbegriff** anzusetzen, allein der unmittelbar in der Sache selbst verkörperte Wert („*lucrum ex re*“) sei zueignungsfähig. Der bloße Wert, der mit der Sache erzielt werden kann („*lucrum ex negotio cum re*“) scheidet aus.

Wie oben festgestellt, wollte sich B gerade nicht die Sachsubstanz aneignen. Da die Tilgung eigener Verbindlichkeiten und der Schadensersatzanspruch, dem B entgegen wollte, nach dem restriktiven Sachwertbegriff nicht zum in der Sache selbst verkörperten **spezifischen Funktionswert** zählen, wollte sich B auch nicht den Sachwert der Dienstmütze aneignen.

Strenge Substanztheorie und die modifizierte Substanztheorie kommen zum gleichen Ergebnis wie die Vereinigungstheorie, in dieser Hinsicht ist daher **kein Streitentscheid erforderlich**.

Damit fehlt es an der für § 242 Abs. 1 StGB notwendigen Aneignungskomponente. Der subjektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

## II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen eines besonders schweren Falls des Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

**Klausurhinweis:** *Ist ein Delikt nicht einschlägig, ist die Prüfung im Strafrecht häufig noch nicht vorbei. Überlege genau, welche Delikte noch in Betracht kom-*

men. Nach einem Diebstahl ist regelmäßig an einen Betrug (und umgekehrt) zu denken.

## B. Besonders schwerer Fall des Betruges

B könnte sich wegen eines **besonders schweren Falls des Betruges** nach § 263 Abs. 1, Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung über Tatsachen

B müsste zunächst über Tatsachen getäuscht haben. **Tatsachen** sind Vorgänge der Gegenwart oder der Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind. Eine **Täuschung** ist die Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen. B erklärte gegenüber der Kleiderkammer fälschlicherweise, es handle sich um seine Dienstmütze, um so den Schadensersatzansprüchen seines Dienstherrn zu entgehen. Er täuschte über Tatsachen.

##### b) Irrtum

B müsste dadurch einen Irrtum erregt haben. Unter einem **Irrtum** ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen zu verstehen. Die für die Kleiderausgabe zuständigen Soldaten glaubten den unzutreffenden Angaben des B und irrten sich folglich.

##### c) Vermögensverfügung

Dieser Irrtum müsste zu einer **Vermögensverfügung** geführt haben. Darunter versteht man jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt, wobei eine rein faktische Vermögensminderung genügt. Weil die Bundeswehr die Dienstmütze des K als Dienstmütze des B akzeptierte, kam es nicht zu Schadensersatzansprüchen gegen B. Im **Unterlassen der Geltendmachung dieses Anspruchs** ist eine Vermögensverfügung zu sehen.

##### d) Vermögensschaden

Fraglich ist, ob durch die Verfügung auch ein Vermögensschaden bei der Bundeswehr entstand. Dieser ist bei Austauschbeziehungen durch eine **Gesamtaldierung** zu ermitteln, also durch einen Vergleich des Vermögensbestands vor und nach der Verfügung und muss konkret bezifferbar sein. Nach dem **Verzicht auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches** gegen B ist das Vermögen der Bundeswehr in Höhe des Anspruchs gemindert.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

B handelte **vorsätzlich**. Er musste außerdem mit **Bereicherungsabsicht**, also der Absicht (dolus directus 1. Grades), sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt haben. Als **Vermögensvorteil** wird dabei jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage angesehen, unabhängig davon, ob diese in dem wertsteigernden Erwerb von Vermögenspositionen, dem Nichterbringen einer geschuldeten Leistung oder der Befreiung von einer Verbindlichkeit besteht.

B täuscht die Bundeswehr darüber, dass er die ihm zur Verfügung gestellte Dienstmütze bei der Kleiderkammer abgibt. Er handelt, um seine eigenen **Rückgabeverbindlichkeiten** und den **Schadensersatzansprüchen der Bundeswehr zu entgehen** und hat damit mit Eigenbereicherungsabsicht.

Die erstrebte Bereicherung müsste rechtswidrig und stoffgleich sein. Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit müsste B wiederum Vorsatz haben. Der erstrebte Vermögensvorteil ist **objektiv rechtswidrig**, wenn kein rechtlich begründeter Anspruch darauf besteht. B hat keinen Anspruch darauf, die Dienstmütze

Prüfungsschema:  
Betrug, § 263 Abs. 1 StGB

### I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Täuschung über Tatsachen
  - b) Irrtum
  - c) Vermögensverfügung
  - d) Vermögensschaden
2. Subjektiver Tatbestand
  - a) Vorsatz
  - b) Bereicherungsabsicht
    - aa) Stoffgleichheit
    - bb) Rechtswidrigkeit
    - cc) Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit

### II. Rechtswidrigkeit

### III. Schuld

Vgl. AS-Basiswissen Strafrecht BT (2023), S. 58 ff.

des K statt seiner eigenen abzugeben, der verschaffte Vermögensvorteil ist rechtswidrig. B wusste und wollte dies auch. **Stoffgleichheit** liegt vor, wenn die erstrebte Bereicherung und der Schaden auf derselben Vermögensverfügung beruhen. Die Bundeswehr akzeptierte die Dienstmütze des K als jene des B, sodass sie nicht die Rückgabe oder Schadensersatzansprüche gegen B forderte, Stoffgleichheit ist somit gegeben.

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

## II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld

**Gutachtentechnik:** *Strenggenommen handelt es sich bei Rechtswidrigkeit und Schuld um getrennte Prüfungspunkte auf derselben Ebene des dreistufigen Prüfungsaufbaus. Um das zu verdeutlichen, solltest Du daher die Nummerierung auch dann fortsetzen, wenn Du beides in einer Überschrift zusammenfasst. Bestehen an Rechtswidrigkeit und Schuld keine Zweifel, genügt eine einfache Feststellung – Negativtatsachen lassen sich nur schwerlich weiter belegen als durch ihre Fehlen.*

A handelt rechtswidrig und schuldhaft.

## IV. Strafzumessung

**Aufbauhinweis:** *Bei § 243 Abs. 1 StGB handelt es sich um ein sog. Regelbeispiel. Diese werden nach der Schuld im Rahmen der Strafzumessung geprüft. Zeige dem Korrektor dadurch, dass Du den Unterschied zu einer Qualifikation kennst! Darum spricht man hier auch vom „Quasi-Vorsatz“, während eine Qualifikation echten Vorsatz erfordert. Vergiss den Verweis über § 263 Abs. 4 StGB nicht und kommentiere Dir (falls erlaubt) einen Hinweis an den Rand der Norm.*

Über **§ 263 Abs. 4 StGB** sind die Regelbeispiele des **§ 243 Abs. 1 StGB** anwendbar. In Betracht kommt hier **Nr. 2**. Dafür müsste es sich bei dem verschlossenen Spind des K, um ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung handeln, die gegen eine Wegnahme besonders gesichert ist.

Der Spind ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und sich umschließendes Raumgebilde, das nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und damit ein **Behältnis**. **Verschlossen** ist ein Behältnis, wenn sein Inhalt durch ein Schloss, eine andere technische Schließvorrichtung oder in sonstiger Weise gegen den ordnungswidrigen Zugriff von außen besonders gesichert ist. Das ist bei einem abgeschlossenen Spind der Fall. B wusste das auch, damit hatte er den erforderlichen „Quasi“-Vorsatz.

§ 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist erfüllt.

**Klausurhinweis:** *Übersieh die Rückausnahme des § 243 Abs. 2 StGB bei einer geringwertigen Sache nicht. Dabei handelt es sich um eine der Besonderheiten gegenüber einer Qualifikation. Neben dem Prüfungsstandort ist eine weitere Besonderheit, dass die Aufzählung in § 243 Abs. 1 StGB nicht abschließend ist und es auch ungeschriebene Regelbeispiele gibt. Von Dir wird in einer Klausur aber nicht erwartet, dass Du ein ungeschriebenes Regelbeispiel „erfindest“. Prüfe deswegen einfach die Nummern durch.*

Es könnte die **Rückausnahme** des **§ 243 Abs. 2 StGB** einschlägig sein. **Geringwertig** sind **Sachen** aber erst bei einem Wert unter 50 €, die Dienstmütze ist 150 € wert, § 243 Abs. 2 StGB greift daher nicht.

**Ergebnis:** B hat sich wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall nach § 263 Abs. 1, Abs. 4 StGB strafbar gemacht.

**Dr. Jannina Schäffer**

## § 212 StGB

## Tötungsvorsatz bei Stoß aus zweitem Stock?

BGH, Urt. v. 05.09.2024 – 6 StR 340/24, BeckRS 2024, 24759

### Fall

Im zweiten Obergeschoss der Wohnung von F fand eine Party statt. Alle Gäste konsumierten Wodka mit Saft und jeweils mindestens zwei Linien Kokain. Im Laufe des Abends entbrannte zwischen mehreren Partygästen ein Streit.

A und Z fühlten sich beide zu der Transfrau F hingezogen, deren biologisches Geschlecht sie zunächst nicht kannten. F flirtete mit den beiden Männern, was deren guten Bekannten G eifersüchtig machte. G wies A und Z deswegen darauf hin, dass es sich bei F um einen biologischen Mann handele. Dadurch geriet A in Wut. Er war der Meinung, G hätte ihn direkt von Anfang an über das Geschlecht der F, die er für die Schwester des G gehalten hatte, aufklären müssen.

A ergriff deswegen den ihm körperlich unterlegenen G am Hemd und schob ihn in Richtung des geöffneten Fensters. Sodann stieß er ihn heftig gegen den nicht vollständig herabgelassenen Rollladen. Infolge der Wucht des Aufpralls brach der Rollladen einseitig aus der Führungsschiene. G ergriff mit beiden Händen von außen den Fensterrahmen, um sich festzuhalten. Dies misslang jedoch aufgrund der Massivität der von A ausgeübten Gewalt. G stürzte mehr als sechs Meter hinab auf den Gehweg, wo er mit dem Kopf aufschlug.

A gibt an, dass er G durch den Stoß aus dem Fenster verletzen wollte. Er habe G auf diese Weise für die Täuschung über das biologische Geschlecht der F und für die Anmaßung, ihn selbst als homosexuell einzuschätzen, bestrafen wollen. Die große Gefährlichkeit eines Sturzes aus dem zweiten Stock erkannte A dabei.

G erlitt durch den Sturz schwere und konkret lebensgefährliche Kopfverletzungen.

Hat sich A wegen Totschlags strafbar gemacht?

**Bearbeitungsvermerk:** A ist schuldfähig, auch seine Steuerungsfähigkeit war durch den Alkohol- und Kokainkonsum nicht erheblich vermindert.

### Lösung

**Klausurhinweis:** Hier war zunächst zu erkennen, dass bereits die Fallfrage die Prüfung auf § 212 StGB beschränkt, sodass insbesondere der Mordtatbestand nicht zu prüfen war. In derartigen Konstellationen musst Du andere Delikte nicht einmal erwähnen.

A könnte sich wegen **versuchten Totschlags** gemäß §§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB zulasten des G strafbar gemacht haben, indem er ihn aus dem Fenster stieß.

#### I. Vorprüfung

**Gutachtentechnik:** Schreibe in jeder Klausur zumindest einen kurzen Satz dazu, dass eine Strafbarkeit aus Vollendung nicht vorliegt (etwa weil der Erfolg fehlt) und wonach der Versuch strafbar ist. Damit zeigst Du, dass Du die Systematik der Versuchsstrafbarkeit verstanden hast.

### Lernsatz

Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind nicht die einzigen maßgeblichen Kriterien für die Frage, ob ein Täter mit bedingtem Tötungsvorsatz handelt; vielmehr kommt es auch bei besonders gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalls an: Insbesondere auf die Persönlichkeit und Handlungsantriebe des Täters, die Spontanität der Tathandlungen sowie die affektive Erregung oder alkoholbedingte Enthemmung des Täters.

### Prüfungsschema: Versuch

#### I. Vorprüfung

1. Keine Vollendung
2. Strafbarkeit des Versuchs, § 23 I StGB

#### II. Tatbestand

1. Tatentschluss
2. Unmittelbares Ansetzen

#### III. Rechtswidrigkeit

#### IV. Schuld

#### V. Ggf. Rücktritt vom Versuch

§ 24 StGB

Vgl. dazu: Basiswissen Strafrecht AT (2023), S. 86 ff.



G hat überlebt, sodass der **Erfolg nicht eingetreten** ist und keine Strafbarkeit aus Vollendung besteht. Beim Totschlag handelt es sich um ein **Verbrechen (§ 12 StGB)**. Der **Versuch** steht über **§ 23 Abs. 1 StGB unter Strafe**.

## II. Tatbestand

### 1. Tatentschluss

**Gutachtentechnik:** *Beim Tatentschlusses nimmst Du die Perspektive des Täters ein und prüfst, ob nach seiner Vorstellung die Merkmale vorlägen, also den Vorsatz.*

A müsste **Tatentschluss**, also **Vorsatz bezüglich aller Tatbestandsmerkmale** gehabt haben sowie weitere, falls vorhanden, deliktsspezifische subjektive Tatbestandsmerkmale aufweisen.

Die Definition des Eventualvorsatzes ist **umstritten**.

Die **Wissenstheorien** knüpfen (nur) an das Wissen des Täters an. Eine Ansicht fragt, ob der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält (**Möglichkeitstheorie**), eine andere fordert, dass der Täter den Erfolgseintritt darüber hinaus sogar für **Wahrscheinlich** hält (**Wahrscheinlichkeitstheorie**). Dagegen stellen die **Willenstheorien** auf den Willen des Täters ab: Die **Gleichgültigkeitstheorie** fordert, dass der Täter den Erfolg aus Gleichgültigkeit in Kauf nehme; nach der **Ernstnahmethorie** muss der Täter den Erfolg hingegen ernsthaft für möglich halten, während er nach ihm nach der Billigungstheorie billigend in Kauf nehmen müsse.

Nach der vom BGH verwendeten Formel handelt der Täter vorsätzlich, wenn er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges **ernsthaft für möglich hält** und damit in der Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung **billigend in Kauf nimmt**.

**Eselsbrücke – Frank'sche Formel:** *Bei Vorsatz denkt sich der Täter „Na, und?“, bei Fahrlässigkeit „es wird schon gutgehen.“*

Die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit hat dabei auf der Grundlage einer **Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände** zu erfolgen.

**Verständnishinweis:** *Genau das hat das LG Halle als Tatsacheninstanz hier versäumt. Es hatte das Vorliegen von Eventualvorsatz bei A ohne nähere Begründung aufgrund der objektiven Gefährlichkeit schlicht festgestellt. Die Kritik des BGH richtet sich gegen diese pauschale Einschätzung.*

Für die Annahme von Eventualvorsatz spricht, dass ein **Sturz aus dem zweiten Stock** eines Wohnhauses (**sechs Meter Höhe**) grundsätzlich **objektiv gefährlich** ist und **mit großer Wahrscheinlichkeit zum Tod** führen kann. Die hohe Gefährlichkeit eines Sturzes aus dieser Höhe hat A hier auch erkannt.

Neben der **objektiven Gefährlichkeit** der Tathandlung und der **konkreten Angriffsweise** ist aber auch die **psychische Verfassung** des Täters bei Tatbegehung und seine **Motivationslage** mit einzubeziehen.

**Hinweis:** *Der BGH nimmt in seinem Urteil keine eigenständige Subsumtion vor, sondern weist die Vorinstanz nur auf ihre (Rechts-)Fehler bei der Feststellung der subjektiven Umstände hin und verweist das Urteil dann zur erneuten Entscheidung zurück an eine andere Kammer des LG Halle. Wie sie den Fall auf Grund der BGH-Entscheidung entscheiden wird, ist somit (noch) offen.*

Zu Fragen ist also, ob in diesem konkreten Fall **weitere Umstände** vorliegen, die eine Auswirkung auf den Vorsatz haben.

#### a) Affektive Erregung

**Klausurhinweis:** Schreibe Deine Argumente nicht einfach unüberlegt und lose auf, sondern gruppier Deine Gedanken. Lange Ausführungen kannst Du mit einer eigenen Überschrift pro „Gruppe“ (hier: „Affektive Erregung“) versehen und auf diese Weise Deine Klausur übersichtlich gliedern.

Gegen die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes könnte sprechen, dass A in affektiver Erregung gehandelt hat.

Bei spontanen, unüberlegt oder in **affektiver Erregung** ausgeführten Handlungen kann bloß aus der Kenntnis der Gefahr und des möglichen Todeseintritts nicht bereits auf das Vorliegen von Eventualvorsatz geschlossen werden. Vielmehr müssen darüber hinaus auch die Besonderheiten der **Tat und der Persönlichkeit des Täters** berücksichtigt werden.

**Gutachtentechnik:** Stelle das Argument zunächst abstrakt dar und subsumiere dann unter Deinen konkreten Fall. „Spiegele“ dazu alle Argumente, die Du im Sachverhalt findest. Am Ende Deiner Argumentation solltest Du alle Sachverhaltsangaben an passender Stelle in Deinem Gutachten „verwertet“ haben.

A hatte gerade herausgefunden, dass die Person, der er sich genähert hatte, einem (für ihn) **„unpassenden“ biologischen Geschlecht** angehörte. Das empfand er **in doppelter Hinsicht als demütigend:** Erstens war es zuvor zu **Avancen zwischen F und A** gekommen, wobei er F für die Schwester des G gehalten hatte. Zweitens fühlte sich A (so wörtlich) **„verarscht“**, weil er ausdrücklich nicht **homosexuell sei** und **G und F dies** aus seiner Sicht **wussten**.

Beides war für A sehr belastend, sodass er sich grundsätzlich in einem **emotionalen Ausnahmezustand** befand, als er G **spontan und unüberlegt** am Kragen packte und aus dem Fenster stieß.

Die affektive Erregung des A war hier **jedoch nicht so groß**, dass er nicht mehr wusste, was er tat. Er handelte durchaus noch in dem **rationalen Gedanken, sich an G zu rächen**. Aus der Gefühlslage des A heraus ergeben sich **keine weiteren Hinweise** darauf, dass er – wegen seiner affektiven Erregung – **die Gefährlichkeit seines Handelns unterschätzt oder übersehen haben könnte**, dass ein Sturz aus dieser Höhe lebensgefährlich sein kann.

Vielmehr gibt A sogar zu, dass er G **durch den Stoß aus dem Fenster verletzen wollte**, um es ihm heimzuzahlen. Selbst wenn man den Gemütszustand des A berücksichtigt, führt die von ihm erkannte große Gefährlichkeit seines Tuns deswegen noch immer zur Annahme von Eventualvorsatz.

#### b) Rachewunsch

Neben der affektiven Erregung könnte aber auch As Rachewunsch ein Indiz für oder gegen das Vorliegen von Eventualvorsatz sein. Dazu hat der BGH aber folgende Bedenken:

„[9] Dem Handlungsantrieb des Angeklagten, den Geschädigten für seine Annäherungsversuche und die vermeintliche Täuschung zu bestrafen, kommt **nur insoweit Bedeutung zu, als dieser Rückschlüsse auf die Stärke des vom Täter empfundenen Tatanreizes und damit auch auf seine Bereitschaft zur Inkaufnahme schwerster Folgen zulässt**. Denn mit **bedingtem Tötungsvorsatz** handelnde Täter **verfügen regelmäßig über kein Tötungsmotiv**.“

Dass A handelte, **um G zu bestrafen**, ist ein Indiz dafür, dass er einen **starken Tatanreiz** empfand und er aufgrund der **vorausgegangenen Kränkung** auch **bereit war, schwere Folgen für G in Kauf zu nehmen**.

### c) Rauschmittelkonsum

Auch der Drogen- und Alkoholkonsum des A könnte Auswirkungen auf die Annahme von Eventualvorsatz haben.

„[8] [Grundsätzlich ist] auch die **alkoholbedingte Enthemmung** des [A] als weiterer Umstand zur **Entkräftung des Tötungsvorsatzes** in den Blick zu nehmen. Dies ist auch in Fällen geboten, in denen das Tatgericht – wie hier – eine **uneingeschränkte Schuldfähigkeit bejaht**.“

#### **Hinweis:**

- *Schuldunfähigkeit ab 3,0 ‰ (bei Tötungsdelikten: 3,3 ‰).*
- *Verminderte Schuldfähigkeit ab 2,0 ‰*
- *Die Abhängigkeit oder der Konsum von Drogen begründen für sich keine Verminderung der Schuldfähigkeit. Hinzukommen müssen weitere Umstände, wie schwersten Persönlichkeitsveränderungen oder starke Entzugserscheinungen.*

A konsumierte auf der Party **Wodka mit Saft** und mindestens **zwei Linien Kokain**. Die Feststellungen des Landgerichts ergaben hier jedoch, dass A **in seiner Steuerungsfähigkeit** durch den Alkohol- und Kokainkonsum **nicht erheblich vermindert war**. Auch bei Berücksichtigung des Alkohol- und Kokainkonsums ist deswegen von Eventualvorsatz auszugehen.

A handelte **mit Tötungsvorsatz**. Tatentschluss zu § 212 StGB ist gegeben.

## 2. Unmittelbares Ansetzen

**Hinweis:** *Das unmittelbare Ansetzen prüfst Du, um den strafbaren Versuch von einer (meist straflosen) Vorbereitungshandlung abzugrenzen. Die Formel der h.M. kombiniert eine subjektive Komponente kumulativ mit einer objektiven Komponente.*

A müsste zur Tat unmittelbar angesetzt haben. Das liegt vor, wenn der Täter aus seiner Sicht die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten hat, sodass seine Handlung **ohne weitere wesentliche Zwischenschritte** in den Taterfolg einmündet, also das Rechtsgut bereits konkret gefährdet erscheint. Hat der Täter die Tathandlung schon ausgeführt und ist lediglich der Erfolg ausgeblieben, ist dies zu bejahen. A hat G aus dem Fenster gestoßen und damit die Tathandlung abgeschlossen, somit hat er zur Tat unmittelbar angesetzt.

## IV. Rechtswidrigkeit und V. Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

## VI. Rücktritt

**Gutachtentechnik:** *Kein Versuch ohne Rücktrittsprüfung – stelle zumindest immer in einem Satz klar, wieso kein Rücktritt möglich ist. Meist: Weil der Versuch bereits fehlgeschlagen ist.*

Die Tat war für A nicht mehr ohne Zäsur zu Ende zu bringen, damit ist der Versuch fehlgeschlagen, **§ 24 Abs. 1 StGB** ist nicht gegeben.

**Ergebnis:** A hat sich wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**Dr. Jannina Schäffer**

Art. 12 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG

## Kein allgemeinpolitisches Mandat des ASTA

BVerwG, Urt. v. 12.05.1999 – BVerwG 6 C 10.08, NVwZ 2000, 318 u. 323

### Fall

Der Deutsche K ist seit dem Wintersemester 2024/25 an der Universität M im Fachbereich Wirtschaftswissenschaften eingeschriebener Student. Die Universität ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die eingeschriebenen Studierenden bilden kraft Gesetzes eine rechtsfähige (Teil-)Körperschaft der Universität. Die Studierendenschaft verwaltet ihre Angelegenheiten selbst und hat unbeschadet der Zuständigkeit der Hochschule insb. die Aufgabe, die Belange der Studierenden in Hochschule und Gesellschaft wahrzunehmen und die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten. Die Studierendenschaft wird durch den Allgemeinen Studierendenausschuss (ASTA) vertreten.

Der ASTA der Universität M setzt sich für die Einführung eines Semesterticket zur Nutzung des öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) ein. Zu diesem Zweck veröffentlicht er in einem von ihm herausgegebenen Magazin mehrere Artikel, die sich auch mit den ökologischen und verkehrspolitischen Aspekten einer verbilligten Inanspruchnahme des ÖPNV durch die Studierenden befassen.

K hält die Aktion für rechtswidrig, da der ASTA hierdurch in unzulässiger Weise allgemeinpolitische Aktivitäten im Umweltbereich entfalte. Im Übrigen verstoße die Zwangsmitgliedschaft in der Studierendenschaft gegen seine Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Eine Zwangsmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft sei nicht notwendig. Deren Aufgaben könnten genauso gut durch privatrechtlich organisierte Vereinigungen erfüllt werden.

1. Ist die Zwangsmitgliedschaft in der Studierendenschaft als öffentlich-rechtliche Körperschaft mit den Grundrechten des K vereinbar?
2. Wie kann sich K gegen die Äußerungen des ASTA zum Semesterticket zur Wehr setzen?

### Lösung

#### Frage 1: Vereinbarkeit der Zwangsmitgliedschaft mit Grundrechten des K

##### A. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Die Zwangsmitgliedschaft in der Studierendenschaft könnte den K in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzen.

##### I. Schutzbereich

Dann müsste der Schutzbereich des Grundrechts betroffen sein. Art. 12 Abs. 1 GG schützt neben der Berufsfreiheit auch das Recht, die **Ausbildungsstätte** frei zu wählen. Davon erfasst wird die gesamte Freiheit der berufsbezogenen Ausbildung. Art. 12 Abs. 1 GG bewirkt allgemein ein Abwehrrecht gegen Freiheitsbeschränkungen im Ausbildungsbereich.

##### II. Eingriff in den Schutzbereich

Da fast jede Norm Auswirkungen auf die Berufsfreiheit haben kann, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nur bei Maßnahmen mit **berufsregelnder Tendenz** vor. Die Zwangsmitgliedschaft dient nicht dazu, den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zu reglementieren, sondern ist lediglich eine **Nebenfolge** der Wahl der Ausbildungsstätte. Demnach liegt kein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts vor. Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht verletzt.

### Lernsätze

1. Art. 9 Abs. 1 GG hindert nicht die Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden. Sie ist aber nur zulässig im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung des Art. 2 Abs. 1 GG.
2. Studierendenschaften sind als öffentlich-rechtliche Körperschaften verfassungsgemäße Zwangsverbände, insb. dienen sie einem legitimen öffentlichen Zweck und sind verhältnismäßig.
3. Die verfasste Studierendenschaft hat nur ein hochschulpolitisches, aber kein allgemeinpolitisches Mandat.
4. Mitglieder öffentlicher Zwangsverbände haben einen im Verwaltungsrechtsweg verfolgbaren Anspruch darauf, dass der Verband keine Erklärungen außerhalb seines Aufgabenbereichs abgibt.

Jarass/Pieroth GG (18. Aufl. 2024), Art. 12 Rn. 93

Vgl. allgemein AS-Basiswissen Grundrechte (2024), S. 24 f.

## B. Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 GG

Die Zwangsmitgliedschaft könnte jedoch gegen das Grundrecht der **Vereinigungsfreiheit** aus Art. 9 Abs. 1 GG verstoßen. Dann müsste der Schutzbereich des Grundrechts betroffen sein.

### I. Vereinigungsfreiheit

Art. 9 Abs. 1 GG schützt das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Dies beinhaltet das Recht des Einzelnen, eine Vereinigung zu gründen, ihr beizutreten und sich in der Vereinigung zu betätigen. Dieser positiven Vereinigungsfreiheit entspricht spiegelbildlich die **negative Vereinigungsfreiheit**, d.h. das Recht aus Vereinigungen auszutreten oder ihnen von vornherein fernzubleiben.

### II. Besonderheiten bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften

Bei der Studierendenschaft handelt es sich aber – wie bei der Universität – um eine **Körperschaft des öffentlichen Rechts**, also einen **öffentlich-rechtlichen Zusammenschluss**.

#### Öffentlich-rechtliche Zusammenschlüsse

- **ör Körperschaft:** durch Hoheitsakt geschaffener Zusammenschluss zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, bei denen die Mitglieder wesentlichen Einfluss auf die Willensbildung haben und dessen Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist.
- **ör Anstalt:** verselbstständigte Zusammenfassung von Sachmitteln und Personal zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.
- **ör Stiftung:** rechtlich verselbstständigte Vermögensmasse zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (anders pr Stiftungen nach §§ 80 ff. BGB).

Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG ist daher nur betroffen, wenn auch öffentlich-rechtliche Zusammenschlüsse dem Vereinigungsbegriff des Art. 9 Abs. 1 GG unterfallen.

#### 1. Grundrecht als umfassendes Freiheitsrecht

Für eine Anwendung des Art. 9 Abs. 1 GG könnte die **abwehrrechtliche Funktion** der Grundrechte sprechen. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob sich der Bürger gegen die Pflichtmitgliedschaft in einer privatrechtlichen oder einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung wehrt. Außerdem könnte durch übermäßige Schaffung öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände Art. 9 Abs. 1 GG und dessen enge Schrankensystematik ausgehöhlt bzw. unterlaufen werden, wenn das Grundrecht keinen Schutz vor öffentlich-rechtlichen Verbänden bewirken würde.

#### 2. Kein Recht auf Bildung öffentlich-rechtlicher Verbände

Dagegen spricht aber, dass Art. 9 Abs. 1 GG nicht die Freiheit gewährt, öffentlich-rechtliche Vereinigungen zu gründen. Diese werden vielmehr ausschließlich durch Hoheitsakt geschaffen. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass aus Art. 9 Abs. 1 GG auch **kein Negativanspruch** hergeleitet werden kann, von öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden verschont zu bleiben. Die negative Vereinigungsfreiheit kann nicht weiter reichen als die positive. Unter Vereinigungen i.S.d. Art. 9 Abs. 1 GG werden daher nur **private Zusammenschlüsse** und nicht auch öffentlich-rechtliche Zwangsverbände erfasst.

„[Die] Frage nach den verfassungsrechtlichen Schranken einer Zwangsmitgliedschaft in einem öffentlich-rechtlichen Verband ... lässt sich nicht aus Art. 9 GG beantworten, denn diese Bestimmung garantiert lediglich die Freiheit, privatrechtliche Vereinigungen zu gründen, ihnen beizutreten oder fernzubleiben.“

#### Beispiele:

- **Körperschaften:** Gemeinden, Universitäten, Handwerkskammer, IHK, Rechtsanwaltskammer
- **Anstalten:** öR Rundfunkanstalten, Sparkassen
- **Stiftungen:** Stiftung Preußischer Kulturbesitz, Stiftung Hochschulzulassung

Zum Streitstand ausführlich AS-Basiswissen Grundrechte (2024), S. 63 f.

BVerfGE 10, 89, 102



Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG ist daher nicht eröffnet. Art. 9 Abs. 1 GG wird durch die Zwangsmitgliedschaft nicht verletzt.

**Klausurhinweis:** Studienanfänger stellen Streitstände häufig wie folgt dar: „1. Auffassung, 2. Auffassung, 3. Stellungnahme“. Diese Darstellung wirkt oft ungeschickt. Besser ist es, die Darstellung an die verschiedenen Sachargumente anzuknüpfen („Zum Teil wird darauf abgestellt, dass ... Die Gegenansicht stellt darauf ab, dass ... Für letztere spricht, dass ...“). Besonders geschickt ist es, die eigene Stellungnahme – wie vorstehend – mit den Sachargumenten zu verbinden.

### C. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Da spezielle Grundrechte, wie Art. 12 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 GG, nicht eingreifen, könnte die Zwangsmitgliedschaft das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzen.

#### I. Schutzbereich

Dann müsste der Schutzbereich des Grundrechts betroffen sein. Art. 2 Abs. 1 GG erfasst alle Betätigungen oder Lebensbereiche, d.h. **jedes menschliche Verhalten**.

#### II. Eingriff in den Schutzbereich

Die gesetzlich begründete Zwangsmitschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stellt einen Eingriff in diese weit verstandene **allgemeine Handlungsfreiheit** dar.

#### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich ist nur rechtmäßig, wenn er verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist der Eingriff nur, wenn das Grundrecht eingeschränkt werden kann und diese Einschränkungsmöglichkeit verfassungsgemäß konkretisiert worden ist.

##### 1. Einschränkungsmöglichkeit

Die allgemeine Handlungsfreiheit findet ihre Schranke u.a. in der **verfassungsmäßigen Ordnung**. Diese umfasst alle formell und materiell verfassungsmäßigen Normen. Als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung kann jedes wirksame Gesetz das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG einschränken.

„Wohl aber zeigt Art. 2 Abs. 1 GG, dass eine solche Zwangsmitgliedschaft nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung möglich ist.“

Grundlegend BVerfGE 10, 89, 102; ebenso BVerwGE 32, 308, 312 f.

##### 2. Verfassungsgemäße Konkretisierung der Einschränkungsmöglichkeit

Die Regelung im Hochschulgesetz des Landes über die (verfasste) Studierendenschaft ist nur dann Teil der verfassungsmäßigen Ordnung, wenn sie ihrerseits formell und materiell **verfassungsgemäß** ist.

###### a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Bedenken gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit des Hochschulgesetzes bestehen nicht, insbs. ist das Land hierfür mangels Zuständigkeit des Bundes nach Art. 70 GG gesetzgebungsbefugt.

###### b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Materiell verfassungsgemäß ist die Regelung im Hochschulgesetz nur, wenn sie **verhältnismäßig**, d.h. zur Förderung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

„Dieses Recht darf nur eingeschränkt werden, wenn das die Pflichtmitgliedschaft in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts anordnende Gesetz in formeller wie materieller Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Öffentlich-rechtliche Verbände dürfen daher nur zur Wahrnehmung

BVerwG NVwZ 2000, 318, 319

legitimer öffentlicher Aufgaben errichtet werden. Ferner ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.“

#### a) Legitime öffentliche Aufgaben

Voraussetzung für die Errichtung eines öffentlich-rechtlichen Verbandes mit Pflichtmitgliedschaft ist daher zunächst, dass der Verband legitime öffentliche Aufgaben erfüllt.

BVerwG NVwZ 2000, 318, 319 unter Verweis auf BVerwGE 59, 231, 236 f.

„[Der] organisatorische Zusammenschluss aller Studenten einer Hochschule [liegt] auch deshalb im öffentlichen Interesse, weil Universitäts- und Staatsorgane in der verfassten Studentenschaft über einen durch Gesetz und demokratische Verbandswillensbildung legitimierten Ansprechpartner [verfügen], der das Gesamtinteresse der Studierendenschaft [repräsentiert].“

#### b) Geeignetheit

Ein Gesetz ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte **Erfolg gefördert** werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.

BVerwG NVwZ 2000, 318, 319

„[Die] vom ... Landesgesetzgeber verfolgten Ziele wirkungsvoller Wahrnehmung hochschulpolitischer Belange und wirtschaftlicher Selbsthilfe der Studenten, wirksame Studentenförderung, politischer Bildung zur Förderung des staatsbürgerlichen Verantwortungsbewusstseins sowie der Unterstützung kultureller, musischer und sportlicher Betätigung [bieten] sich zur Selbstverwaltung an.“

#### c) Erforderlichkeit

Die Maßnahme ist nur erforderlich, wenn zur Verfolgung des Zwecks **kein anderes gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel** hätte gewählt werden können. Gerade durch die Pflichtmitgliedschaft macht sich der Staat die besondere Sachnähe und Kompetenz der verfassten Studierendenschaft zu Nutze. Private Verbände könnten deren Aufgaben daher nicht gleich effektiv wahrnehmen.

BVerwG NVwZ 2000, 318, 319

„[Der] Begriff der Erforderlichkeit [ist] nicht dahin zu verstehen, dass ein Zwangsverband nur dann errichtet werden dürfte, wenn die damit verfolgten Ziele auf andere Weise überhaupt nicht erreicht werden können. Auch die Effektivität der Organisationsform für die Zielverwirklichung kann hier eine Rolle spielen.“

#### d) Angemessenheit

Angemessen ist die Pflichtmitgliedschaft nur, wenn sie nicht zu einem Nachteil führt, der zu dem erstrebten Zweck erkennbar außer Verhältnis steht. Bei der insoweit gebotenen **Abwägung** ist zu berücksichtigen, dass die Beeinträchtigung des einzelnen Studierenden durch die Pflichtmitgliedschaft keine erhebliche Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit bedeutet. Zu bedenken ist zudem, dass die Pflichtmitgliedschaft den Studierenden die Chance zur Beteiligung und Mitwirkung an staatlichen Entscheidungsprozessen eröffnet. Zugleich setzt die Pflichtmitgliedschaft auf die Selbstverwaltung der Betroffenen und vermeidet eine unmittelbare Staatsverwaltung. Damit erweist sich die Zwangsmitgliedschaft auch als angemessen und damit insgesamt als verhältnismäßig.

Die Regelung im Hochschulgesetz des Landes ist formell und materiell verfassungsgemäß und konkretisiert als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG. Auch Art. 2 Abs. 1 GG wird durch die Zwangsmitgliedschaft in der Studierendenschaft nicht verletzt.

**Ergebnis:** Die Zwangsmitgliedschaft in der Studierendenschaft verstößt nicht gegen Grundrechte des K.

**Frage 2: Anspruch gegen die Äußerungen des ASTA zum Semesterticket**

**I. Anspruchsgrundlage**

Als Anspruchsgrundlage kommt nur der allgemeine **öffentlich-rechtliche Abwehr- und Unterlassungsanspruch** in Betracht. Dieser gesetzlich nicht geregelte Anspruch wird überwiegend unmittelbar aus der Abwehrfunktion der Grundrechte hergeleitet. Andere greifen auf den Rechtsgedanken des § 1004 BGB analog zurück. Diese Begründungen schließen sich nicht aus, sondern ergänzen sich. Jedenfalls ist der öffentlich-rechtliche Abwehr- und Unterlassungsanspruch **gewohnheitsrechtlich** anerkannt.

„Mitglieder öffentlicher Zwangsverbände haben einen im Verwaltungsrechtsweg verfolgbaren Anspruch darauf, dass der Verband Erklärungen außerhalb seines Aufgabenbereichs unterlasse.“

**II. Anspruchsvoraussetzungen**

Voraussetzung für den Anspruch ist, dass durch eine hoheitliche Maßnahme rechtswidrig in ein subjektives Recht eingegriffen wird und der Eingriff andauert oder bevorsteht.

**1. Subjektives Recht**

Aus Art. 2 Abs. 1 GG folgt nicht nur das Recht, von der Mitgliedschaft in einem „unnötigen“ Verband verschont zu bleiben (s.o.), sondern das Grundrecht räumt dem einzelnen Mitglied auch ein **Abwehrrecht** gegen solche Maßnahmen des Verbandes ein, die sich nicht (mehr) im Rahmen seiner legitimen öffentlichen Aufgaben halten.

**2. Hoheitlicher Eingriff**

In dieses Recht wird durch **hoheitliche Äußerungen des ASTA** als Repräsentantin der verfassten Studierendenschaft eingegriffen.

**3. Rechtswidrigkeit des Eingriffs**

Der Eingriff ist rechtswidrig, wenn sich die Stellungnahme des ASTA nicht mehr als Wahrnehmung seiner legitimen öffentlichen Aufgabe erweist. Insofern ist anerkannt, dass der ASTA nur ein hochschulpolitisches, aber **kein allgemeinpolitisches Mandat** hat. Ein sog. Brückenschlag zu allgemeinpolitischen Themen ist nur zulässig, solange und soweit ein Zusammenhang mit studien- und hochschulpolitischen Belangen deutlich erkennbar bleibt.

„Äußerungen der Studentenschaft über einen ökologischen und verkehrspolitischen Nutzen des so genannten Semestertickets stellen keine unzulässige Wahrnehmung eines allgemeinpolitischen Mandats dar, solange und soweit sie sich darauf beschränken, diesen Nutzen nur als **zusätzlichen Nebeneffekt** der mit der Einführung des Semestertickets in Wahrnehmung der sozialen Belange ihrer Mitglieder legitimerweise angestrebten Verbesserung der örtlichen Studienbedingungen herauszustellen.“

**Weiteres Beispiel:** *Gemeinden haben nur ein kommunalpolitisches Mandat. Maßnahmen kommunaler Organe müssen sich daher auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft i.S.d. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG beziehen. Unzulässig sind allgemeinpolitische Äußerungen, die keinen unmittelbaren Bezug zur Gemeinde haben (z.B. Forderung nach einem Parteiverbot).*

Die Stellungnahme des ASTA zum Semesterticket stellt sich noch als hochschulpolitische Angelegenheit dar, sodass die Aktion **nicht rechtswidrig** ist.

**Ergebnis:** K hat keinen Unterlassungsanspruch gegen den ASTA.

**RA Horst Wüstenbecker**

Zum öffentlich-rechtlichen Abwehr- und Unterlassungsanspruch s. AS-Wissen kompakt Verwaltungsrecht (2025), S. 66 ff.

BVerwG NJW 1970, 292

**öffentlich-rechtlicher Abwehr- und Unterlassungsanspruch**

- I. Anspruchsgrundlage
- II. Anspruchsvoraussetzungen
  - 1. Subjektives Recht
  - 2. Hoheitlicher Eingriff
  - 3. Rechtswidrigkeit des Eingriffs
  - 4. Eingriff dauert an oder steht bevor
- III. Rechtsfolge
  - Unterlassung
  - Beendigung des Eingriffs

BVerwG NJW 1980, 2595: Kein allgemeinpolitisches Mandat des ASTA

BVerwG NVwZ 2000, 323

Zur Befugnis der Kommunen zu kommunalpolitischen Maßnahmen vgl. BVerwG RÜ 2018, 114, 118 (Pegida); BayVGH RÜ 2025, 229 (AFD)

Art. 38 GG

# Neues Wahlrecht zum Deutschen Bundestag weitgehend verfassungskonform

BVerfG, Urt. v. 30.07.2024 – 2 BvF 1/23 u.a., BeckRS 2024, 18497

## Lernsätze

1. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl gibt nicht vor, dass die Mandatzuteilung an keine weitere Bedingung geknüpft werden darf. Direktmandate, wie sie das BWahlG a.F. vorsah, sind nicht zwingend.
2. Die in der 5%-Hürde liegende Erfolgsunwertgleichheit ist gerechtfertigt, da sie zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Bundestages geeignet und erforderlich ist. Ohne sie droht eine die Arbeitsfähigkeit des Parlaments gefährdende Zersplitterung.

Allgemein zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen s. AS-Basiswissen Staatsorganisationsrecht (2023), S. 97 ff.

## Fall

Im Jahr 2023 hat der Bundesgesetzgeber die im Bundeswahlgesetz (BWahlG) geregelte Wahl zum Deutschen Bundestag formell verfassungsgemäß in wesentlichen Punkten neu gestaltet. Die 630 Abgeordneten werden über eine personalisierte Verhältniswahl gewählt, für die jeder Wahlberechtigte zwei Stimmen erhält. Mit der Erststimme wird in 299 Wahlkreisen per Mehrheitswahl eine Kandidatin oder ein Kandidat gewählt. Ihre Zweitstimme geben die Wahlberechtigten für die Landesliste einer Partei ab; insoweit ist die Wahl als reine Verhältniswahl ausgestaltet. Bei der Verteilung werden nach § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG allerdings nur solche Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 % der Zweitstimmen erhalten haben. Die sog. Grundmandatsklausel, nach der solche Parteien zu berücksichtigen sind, die zwar unter 5 % der Zweitstimmen erlangt, aber mit ihren Kandidaten drei Wahlkreise gewonnen haben, wurde im Rahmen der Wahlrechtsänderung gestrichen. Zudem hat der Gesetzgeber in § 6 Abs. 1 S. 1, 4 BWahlG das Verfahren der sog. Zweitstimmendeckung eingeführt: Danach wird eine Reihenfolge der Wahlkreisgewinnerinnen und -gewinner entsprechend ihrem Stimmergebnis für jedes Bundesland aufgestellt. Dann wird anhand des Zweitstimmenergebnisses berechnet, wie viele Sitze pro Bundesland von welcher Partei entsprechend der Landesliste besetzt werden dürfen; diese Sitze werden dann entsprechend der Reihenfolge der Wahlkreisgewinner besetzt. Stehen keine oder nicht ausreichend Sitze einer Partei für die Wahlkreisgewinner zur Verfügung, erhalten diese trotz des gewonnenen Wahlkreises kein Mandat im Deutschen Bundestag. Verbleiben nach der Durchführung dieses Verfahrens einer Partei noch nicht durch Wahlkreisgewinner besetzte Sitze, werden diese entsprechend der eingereichten Landesliste nach der dortigen Reihenfolge besetzt.

Die X-Partei hält das neue BWahlG für verfassungswidrig. Das Verfahren der Zweitstimmendeckung verstoße gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl, da Wahlkreissieger ohne Zweitstimmendeckung bei der Sitzzuteilung anders behandelt würden als Wahlkreissieger mit Zweitstimmendeckung. Zudem sei die Streichung der Grundmandatsklausel verfassungswidrig. Sind die neuen Wahlvorschriften verfassungsgemäß?

**Bearbeitungsvermerk:** Auf die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 GG und auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl ist bei der Bearbeitung nicht einzugehen.

## Lösung

Die neuen Wahlvorschriften sind verfassungskonform, wenn sie sowohl in formeller wie in materieller Hinsicht mit dem GG vereinbar sind.

### I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die Änderungen zum BWahlG wurden formell verfassungsgemäß erlassen.

**Gutachten:** Sind einzelne Prüfungspunkte im Sachverhalt vorgegeben, musst Du nicht viel dazu schreiben. Gänzlich weglassen darfst Du den Prüfungspunkt aber auch nicht. Es genügt die schlichte Feststellung des Vorliegens.

## II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das geänderte BWahlG ist materiell verfassungsgemäß, wenn es weder gegen etwaige spezielle Anforderungen noch gegen Grundrechte, Staatsprinzipien oder sonstige Normen des Grundgesetzes verstößt.

### 1. Regelungsmöglichkeiten für das Wahlrecht

Aus der Gesetzgebungskompetenz des **Art. 38 Abs. 3 GG** ergeben sich zunächst **keine besonderen Anforderungen** für das Wahlrecht. Dieses ist über die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 GG vom Verfassungsgeber absichtlich nur rudimentär und daher **entwicklungs offen** ausgestaltet worden.

„[138] In welcher Weise der in Wahlen gebündelte politische Wille der Wählerinnen und Wähler durch Zuteilung von Sitzen an Mandatsträger im Deutschen Bundestag umgesetzt wird, bedarf der Festlegung und näheren Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. **Er ist in seiner Entscheidung für ein Wahlsystem und dessen Modifikationen grundsätzlich frei.** Art. 38 Abs. 1 und 2 GG geben insoweit lediglich Grundzüge vor.“

### 2. Verstoß gegen die Wahlrechtsgrundsätze

Allerdings sind die neuen Wahlvorschriften materiell verfassungswidrig, wenn sie gegen die **Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG** verstoßen. Hiernach werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, gleicher, freier und geheimer Wahl gewählt.

**Klausurhinweis:** Die Wahlrechtsgrundsätze sind **DAS Standardthema** des Staatsorganisationsrechts. Und besonders interessant, wenn – wie in diesem Jahr – ein neuer Bundestag gewählt wird. Gibt es dann auch noch eine BVerfG-Entscheidung zu aktuellen Änderungen, ist die **Klausurwahrscheinlichkeit** dieses Themas extrem hoch!

#### a) Verstoß gegen Wahlrechtsgleichheit durch Zweitstimmendeckung

Das Verfahren der Zweitstimmendeckung könnte gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl verstoßen. Das ist der Fall, wenn Wählerinnen und Wähler durch das Wahlrecht ungleich behandelt werden und diese Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

**Aufbau:** Anhand der Formulierung des Obersatzes siehst Du, dass es sich bei dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl um einen speziellen Gleichheitssatz handelt, der genauso geprüft wird wie eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG.

#### aa) Ausprägungen der Wahlrechtsgleichheit

Um die Anknüpfungspunkte der Ungleichbehandlung zu spezifizieren, sind zunächst Ausprägungen der Wahlrechtsgleichheit zu ermitteln.

„[146] Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl sichert dabei die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Bürgerinnen und Bürger. Als eine der wesentlichen Grundlagen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes gebietet er, dass alle Wahlberechtigten das **aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben** können.

[147] Aus dem Grundsatz der Wahlgleichheit folgt, dass die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den **gleichen Zählwert** und die **gleiche rechtliche Erfolgchance** haben muss. Alle Wählerinnen und Wähler müssen mit der Stimme, die sie abgeben, den **gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis** nehmen können.“

Grundlegend: AS-Basiswissen Staatsorganisationsrecht (2023), S. 46 ff.

### Prüfungsschema: Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes

#### I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

1. Gesetzgebungskompetenz
2. Gesetzgebungsverfahren
  - a) Einleitungsverfahren: Gesetzesinitiative, ggf. Vorverfahren
  - b) Hauptverfahren: Gesetzesbeschluss BTag, Mitwirkung BRat, ggf. Vermittlungsausschuss
  - c) Abschlussverfahren: Ausfertigung BPräs, Verkündung BGBl.

#### II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

1. Verstoß gegen Grundrechte
2. Verstoß gegen Staatsprinzipien
3. Verstoß gegen sonstige Normen des GG



## § 6 BWahlG

(1) <sup>1</sup>Ein Wahlkreisbewerber einer Partei ... ist dann als Abgeordneter gewählt, wenn er die meisten Erststimmen auf sich vereinigt und im Verfahren der Zweitstimmendeckung (Satz 4) einen Sitz erhält. <sup>2</sup>In jedem Land werden die Bewerber einer Partei, die in den Wahlkreisen die meisten Erststimmen erhalten haben, nach fallendem Erststimmenanteil gereiht. ... <sup>4</sup>Die ... für die Landesliste einer Partei ermittelten Sitze werden in der nach Satz 2 gebildeten Reihenfolge an die Wahlkreisbewerber vergeben (Verfahren der Zweitstimmendeckung).

Einer der **Kernsätze** der Entscheidung. Direktmandate sind nicht zwingend – auch wenn man sich aufgrund der jahrelangen Praxis an sie gewöhnt hat.

**bb) Ungleichbehandlung**

In dem Verfahren der Zweitstimmendeckung nach § 6 Abs. 1 S. 1, S. 4 BWahlG könnte eine Ungleichbehandlung liegen. Wahlkreisgewinner, die einer Partei mit einer ausreichenden Zweitstimmendeckung angehören, ziehen in den Bundestag ein. Wahlkreisgewinner, bei denen dies nicht der Fall ist, bleiben hingegen unberücksichtigt.

**Hintergrund:** Hierbei handelt es sich nicht nur um eine theoretische Möglichkeit. Bei der aktuellen Bundestagswahl blieben **23 Wahlkreisgewinnerinnen und -gewinner** aufgrund des Verfahrens der Zweitstimmendeckung **ohne Bundestagsmandat**.

**(1) Gleicher Zählwert**

„[207] Soweit Wählerinnen und Wähler mit ihrer Erststimme einen Wahlkreisbewerber einer Partei wählen, wird diese Stimme **bei der Auszählung berücksichtigt**. Im Wahlergebnis wird sie als eine Stimme für diesen Wahlkreisbewerber ausgewiesen.“

Jede Stimme weist insoweit den gleichen Zählwert auf, sodass insofern keine Ungleichbehandlung vorliegt.

**(2) Gleicher Erfolgs(chancen-)wert**

Allerdings könnte im Hinblick auf die Erfolgchancen eine Ungleichbehandlung vorliegen. Eine Stimme, die für eine Wahlkreisgewinnerin bzw. einen Wahlkreisgewinner abgegeben wird, die bzw. der nicht über die notwendige Zweitstimmendeckung verfügt, führt schließlich nicht zu einem Bundestagsmandat.

„[208] ... Jede Erststimme führt dann zu einem Mandat für den Wahlkreisbewerber, wenn zum einen der Bewerber die meisten Erststimmen im Wahlkreis und zum anderen die Landesliste seiner Partei so viele Zweitstimmen erhält, dass ihr Sitzkontingent für alle ihre erfolgreichen Wahlkreisbewerber mit dem gleichen oder besseren Erststimmenanteil ausreicht. Beide Bedingungen sind so gestaltet, dass sie ausschließlich vom Wahlergebnis abhängig sind. **Die Erfolgchance ex ante ist für jede Wahlstimme gleich.**“

[209] Ferner **folgt aus dem Gleichheitsgebot** des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG **nicht**, dass **alle Wahlkreisbewerber mit den meisten Stimmen** in ihrem Wahlkreis **ein Mandat erhalten müssen**. Der Grundsatz der Wahlgleichheit **gibt nicht vor, dass die Mandatzuteilung an keine weitere Bedingung geknüpft werden darf**. Das weitere Erfordernis eines ausreichenden Wahlergebnisses bei den Zweitstimmen stellt auch keine willkürliche Bedingung dar, sondern findet seinen sachlichen Grund darin, dass die Wahl als Zweitstimmenwahl nach den Grundsätzen der Verhältniswahl (§ 1 Abs. 2 BWahlG) erfolgt.“

Alle Ausprägungen der Wahlrechtsgleichheit werden folglich eingehalten. Mangels Ungleichbehandlung verletzt das Verfahren über die Zweitstimmendeckung die Wahlrechtsgleichheit nicht.

**Vertiefung:** Auch der – hier durch den Bearbeitungsvermerk ausgeklammerte – Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl ist durch das Verfahren der Zweitstimmendeckung nach Ansicht des BVerfG nicht verletzt. Denn welcher Wahlkreis-kandidat ein Mandat erhält, wird allein durch das Wahlergebnis und das Wahlgesetz festgelegt.

### c) Verletzung der Wahlrechtsgleichheit durch fehlende Grundmandate

Indem der Gesetzgeber bei der Änderung die sog. Grundmandatsklausel gestrichen und dadurch bewirkt hat, dass solche Parteien, die keine fünf Prozent der Zweitstimmen, aber mehrere Wahlkreissiege erringen, nicht an der Sitzzuteilung im Bundestag teilhaben (vgl. § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG), könnte er den Grundsatz der Gleichheit der Wahl verletzt haben.

#### aa) Ungleichbehandlung

Die sog. 5%-Hürde führt ...

„[221] ... zu einer Ungleichgewichtung der Wahlstimmen. Während sie den Zählwert aller Wahlstimmen unberührt lässt, werden diese **hinsichtlich ihres Erfolgswerts ungleich** behandelt. Obwohl nach den Berechnungsregeln des Sitzzuteilungsverfahrens Parteien Mandate erhalten könnten, werden solche mit weniger als 5 % der gültigen Wahlstimmen nicht berücksichtigt. Wahlstimmen für diese Partei bleiben ohne Erfolg.“

#### bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung könnte jedoch gerechtfertigt sein. Dies ist bei Gleichheitsrechten der Fall, wenn ein sachlicher Grund für die Differenzierung vorliegt und die Umsetzung der Differenzierung verhältnismäßig ist.

##### (1) Sachlicher Grund

Hinsichtlich der Wahlrechtsgleichheit genügt indes nicht jeder sachliche Grund, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

„[160] Aus [seinem] formalen Charakter folgt, ... dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein **eng bemessener Spielraum für Differenzierungen** verbleibt und an die Prüfung, ob eine solche gerechtfertigt ist, ein **strenger Maßstab** anzulegen ist. Er darf Differenzierungen nur vornehmen, wenn sie durch einen **besonderen, sachlich legitimierten Grund gerechtfertigt** sind. Dieser Grund muss der Wahlgleichheit die Waage halten können.

[161] Solche Differenzierungsgründe sind insbesondere die mit der Wahl verfolgten Ziele. Dazu gehört die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes, der staatlichem Handeln demokratische Legitimation vermittelt und, damit zusammenhängend, die **Sicherung der Arbeits- und Funktionsfähigkeit** der zu wählenden Vertretungskörperschaft.“

Die Arbeits- und Funktionsfähigkeit wird beeinträchtigt, wenn viele Parteien mit geringem Sitzkontingent in den Bundestag einziehen, da die hierdurch entstehende **Zersplitterung des Parlaments** die **Bildung stabiler Mehrheiten verhindert**. Dies ist aber gerade vor dem Hintergrund evident wichtig, dass die Bundesregierung von einer solchen stabilen Mehrheit getragen werden muss. Ein taugliches Differenzierungsziel liegt damit vor.

##### (2) Verfassungskonforme Konkretisierung

Dieses Ziel müsste der Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise umgesetzt haben. Dazu müsste die Regelung geeignet und erforderlich sein.

**Aufbau:** Hier musst Du erkennen, dass die Ungleichbehandlung nicht in dem Wegfall der Grundmandatsklausel liegt, sondern in der 5%-Hürde selbst. Die Auswirkungen unterscheiden sich aber, ob es die 5%-Hürde mit oder ohne Grundmandatsklausel gibt. Deshalb musst Du zwischen der Verhältnismäßigkeit der 5%-Hürde und dem Fehlen der Grundmandatsklausel differenzieren.

#### § 4 BWahlG

(1) <sup>1</sup>Die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1 wird nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zunächst auf die Parteien in Bezug auf das ganze Wahlgebiet und dann auf die Landesliste jeder Partei verteilt. <sup>2</sup>Von der Gesamtzahl der Sitze wird die Zahl der nach § 6 Absatz 2 erfolgreichen Wahlkreisbewerber abgezogen.

(2) <sup>1</sup>Zwischen den Parteien werden die Sitze im Verhältnis der Zahl der Zweitstimmen, die im Wahlgebiet für die Landeslisten der Parteien abgegeben wurden, nach § 5 verteilt (Oberverteilung). <sup>2</sup>Nicht berücksichtigt werden dabei

2. Parteien, die weniger als 5 Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten haben.

**(a) Generelle Einführung einer 5%-Hürde**

Die generelle Einführung einer Zugangshürde und die Grenzziehung bei 5 % der gültigen Zweitstimmen ist nach Ansicht des BVerfG in st.Rspr. verfassungskonform, da sie zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Bundestages geeignet und eine Absenkung auf einen niedrigeren Wert aus Gründen der Erforderlichkeit nicht zwingend ist. Insofern verbleibt es bei dem angesprochenen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.

**Klausurhinweis:** Ist die rechtliche Lage so eindeutig wie hier, solltest Du Deine Begründung in der Klausur kurz halten. Gute Klausuren zeichnen sich durch eine gekonnte **Schwerpunktsetzung** aus!

**(b) Streichung der Grundmandatsklausel**

Allerdings könnte der Gesetzgeber durch die Streichung der Grundmandatsklausel, durch die auch solche Parteien bei der Sitzzuteilung berücksichtigt wurden, die zwar nicht 5 % der gültigen Zweitstimmen, aber drei Wahlkreismandate errungen haben, diesen Gestaltungsspielraum in verfassungswidriger Weise überschritten haben. Er könnte nicht **erforderlich** sein.

„[282] ... Die ‚eigenartige‘ Ausgestaltung der Wahl als Zweistimmenwahl führt dazu, dass die Parteien den Wählerinnen und Wählern zwei unterschiedliche Wahlvorschläge machen, eine Person und eine Liste. Das Zweitstimmendeckungsverfahren führt die Ergebnisse beider Wahlvorgänge zusammen. Nach der Gesetzesbegründung führt dies ‚der Wahlkreisrepräsentation ... neue Legitimation zu‘, indem jedes Wahlkreismandat von Zweitstimmen gedeckt ist. Dies gilt ebenso umgekehrt. **Die Wahlkreiswahl verstärkt die Legitimation der Listenwahl, indem sie bei der Sitzvergabe an den Anfang der Liste die erfolgreichen Wahlkreisbewerber setzt.** Deshalb gilt weiterhin, dass der Gesetzgeber die besondere politische Kraft einer Partei sowohl aus dem Zweitstimmenergebnis als auch aus dem Ausmaß ihres Erfolgs in der Mehrheitswahl ableiten darf. In der Wahl eines Wahlkreiskandidaten drückt sich in aller Regel zugleich auch das Ausmaß der Billigung der politischen Anliegen seiner Partei aus. Den mehrfachen Erfolg der Wahlkreisbewerber einer Partei, der sich zwar wegen der Sperrklausel zusammen mit dem Zweitstimmendeckungsverfahren nicht direkt in einem Mandat niederschlägt, aber von dem Willen der Wählerinnen und Wähler getragen ist, dass der Bewerber ein Mandat erhalten soll, darf der Gesetzgeber nach wie vor als Indiz dafür sehen, dass diese **Partei besondere Anliegen aufgegriffen hat, die eine Repräsentanz im Parlament rechtfertigen.**“

Dieses Indiz hat der Gesetzgeber zum einen nicht in das BWahlG einfließen lassen. Darüber hinaus ist die Nichtberücksichtigung derartiger Parteien nicht erforderlich, um eine Zersplitterung des Parlaments zu verhindern und seine Arbeitsfähigkeit zu schützen. Vielmehr überschreitet der Gesetzgeber die Grenze der Integration des Wählerwillens, wenn solche Parteien bei der Sitzzuteilung unberücksichtigt bleiben.

Folglich ist die Streichung der Grundmandatsklausel nicht mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl vereinbar und deshalb verfassungswidrig.

**Ergebnis:** Die Neuregelungen des BWahlG sind mit Ausnahme der Streichung der Grundmandatsklausel verfassungskonform. Diese ist wegen Verstoßes gegen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verfassungswidrig.

Das BVerfG führt ergänzend aus, dass mit der Eröffnung einer solchen weiteren Zugangsmöglichkeit zum Sitzzuteilungsverfahren die Sicherung der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Bundestages zwar nicht in gleicher, wohl aber in nicht wesentlich weniger wirksamer Weise erreicht wird wie mit einer Sperrklausel ohne Alternative. Jedenfalls bedürfe der Verzicht auf eine solche Alternative der eigenständigen Rechtfertigung – die das BVerfG hier nicht als gegeben ansieht.

Die Entscheidung kannst Du auch als Podcast-Folge nachhören:



RA Christian Sommer

Kein Plan im Studium?

Zwischenprüfung nicht geschafft?

Studium abbrechen?

**STOP**

## Wir helfen Euch!



### Unterricht Individuell für Dich

(gezielte Vorbereitung auf Semesterabschluss-  
und Übungsklausuren, Klausurtechnik,  
Wiederholung einzelner Rechtsgebiete)



### in positiver Atmosphäre



### auf Augenhöhe



### zum fairen Preis



**auch Online**  
FACETIME | SKYPE | o.Ä.

Alle Infos



Vereinbare ein kostenloses Erstgespräch unter:  
[as-individuell@alpmann-schmidt.de](mailto:as-individuell@alpmann-schmidt.de) | [www.as-individuell.de](http://www.as-individuell.de)

# DIE BESTE VORBEREITUNG AUF DEINE SEMESTER- ABSCHLUSSKLAUSUREN:



Die typischen **Klausurfälle** mit  
**Musterlösung** im **Gutachtenstil**

Leseproben und  
Bestellungen



[shop.almann-schmidt.de](https://shop.almann-schmidt.de)

